



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Edição nº 220/2010 – São Paulo, quinta-feira, 02 de dezembro de 2010

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I - TRF

SECRETARIA DA PRESIDÊNCIA

Expediente Nro 7319/2010

00001 SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 0031404-98.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.031404-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal PRESIDENTE
REQUERENTE : Agencia Nacional de Telecomunicacoes ANATEL
ADVOGADO : ANTONIO LUIZ BARBOSA VIEIRA e outro
REQUERIDO : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
INTERESSADO : Ministerio Publico Federal
ADVOGADO : ADRIANA DA SILVA FERNANDES e outro
No. ORIG. : 00098495820104036100 7 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE ROBERTO HADDAD.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL em face da decisão de fls. 372/375, que indeferiu o pedido formulado pela requerente de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 0009849-58.2010.4.03.6100.

Sustenta a embargante que há obscuridade na decisão acima mencionada, uma vez que não se discute nestes autos a competência ou não da ANATEL em expedir normas a serem cumpridas pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, mas sim a usurpação de competência por parte do Poder Judiciário, que ao seu alvitre determina a ANATEL operacionalizar um serviço de telecomunicações.

Afirma, também, que a decisão é omissa, uma vez que não enfrentou a questão relativa à necessidade de chamamento das empresas que exploram o serviço SMS no estado de São Paulo para que viessem compor o pólo passivo da Ação Civil Pública e, tampouco no tocante à fixação de multa.

Requer, por fim, sejam acolhidos os presentes Embargos de Declaração, sanando-se as omissões e obscuridades apontadas, inclusive dando efeito modificativo ao julgado, ou caso este não seja o entendimento, que sejam apreciadas as questões apontadas.

É o relatório. Decido.

Os embargos de declaração são cabíveis quando a decisão apresentar omissão, contradição ou obscuridade, nos estreitos limites da previsão do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Segundo ensina Nelson Nery Jr., na obra Código de Processo Civil Comentado, 10ª, RT, 2008, p.907, em nota ao art. 535:

"Os EDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório.

Como regra, não tem caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado. Não mais cabem quando houver dúvida da decisão (CPC 535, I, redação dada pela L 8950/94 1º), salvo nos processos da competência do juizado especial cível (LJE 48 caput)."

No caso, à evidência, a decisão embargada não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da referida decisão, verifica-se que este Relator indeferiu o pedido de suspensão, por entender não demonstrado pela requerente o risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Aliás, também ficou claro na decisão, ora embargada, que o ato presidencial avalia somente a presença de tais pressupostos na decisão que se busca suspender. Portanto, inexistindo a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores juridicamente protegidos, não se justifica a suspensão da decisão, pela via excepcional da suspensão da segurança, considerando que o mérito da causa deve ser discutido nas vias ordinárias.

Em verdade, pretende a embargante rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, que este Presidente rebata todos os argumentos trazidos pela requerente, o que se revela inadmissível. Ora, desconstituir os fundamentos da decisão embargada implicaria, *in casu*, em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

A respeito, trago à colação aresto citado por Theotônio Negrão em "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", Editora Saraiva, 35ª ed., 2003, p. 593, *in verbis*:

"Os embargos de declaração não constituem recurso idôneo para corrigir os fundamentos de uma decisão (Bol AASP 1.536/122)".

Sob outro aspecto, o julgador não está adstrito a examinar, um a um, todas as normas legais ou argumentos trazidos pelas partes, bastando que decline fundamentos suficientes para lastrear sua decisão (RSTJ 151/229, TRF/3ªR, Proc. 93.03.028288-4, 4ª T., DJ 29.04.1997, p. 28722 e RJTJESP 115/207).

Diante do exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Int.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

ROBERTO HADDAD

Presidente

00002 SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº 0034058-58.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034058-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal PRESIDENTE
REQUERENTE : Uniao Federal
REQUERIDO : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
INTERESSADO : RICSON MOREIRA COELHO DA SILVA
ADVOGADO : SERGIO PAPINI DE MENDONCA UCHOA FILHO e outro
No. ORIG. : 00069707820104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 25ª Vara de São Paulo/SP, nos autos da ação de rito ordinário nº 2010.03.00.034058-6, ajuizada por RICSON MOREIRA COELHO DA SILVA, que permitiu que o autor participe do concurso de promoção 2009.1, independentemente do cumprimento do seu estágio probatório.

Aduz a União que a referida sentença assegurou ao Procurador da Fazenda Nacional - Ricson Moreira Coelho da Silva - o direito de participar de concurso de promoção, conforme Edital CSAGU ° 04/2010, relativo ao período 2009.1, sem preencher estágio probatório de 03 (três) anos.

Afirma, também, que a execução da mencionada sentença afronta frontalmente as disposições expressas no artigo 2º-B, da Lei 9.494/97.

Sustenta que o interesse público violado é a ordem pública, uma vez que ao permitir que um Procurador da Fazenda Nacional que não tenha sido confirmado em estágio probatório participe do concurso de promoção da carreira, impede a normalidade na condução dos procedimentos administrativos relativos aos concursos de promoção das carreiras da AGU, bem assim, afasta o cumprimento de parecer normativo aprovado pelo Presidente da República, ao qual se sujeitam todos os membros efetivos da Advocacia-Geral da União, a teor do art. 28, inciso II, da Lei Complementar 73/93.

Por fim, alega, que a decisão impugnada acarretará grave lesão à economia pública, uma vez que a promoção desse servidor implicará majoração de seus vencimentos, bem como há possibilidade de concretização do denominado "efeito multiplicador", com o ajuizamento de várias demandas contendo o mesmo objeto.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 140/143, opinou pelo indeferimento do pedido de suspensão da execução da sentença, por entender que o concurso já fora realizado, razão pela qual se mostra impossível reverter este efeito da decisão antecipatória da tutela.

É o relatório. Decido.

Cumpr-me, primeiramente, ressaltar que a apresentação do presente pedido vem embasada no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, *in verbis*:

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

Conforme se depreende dos autos, a sentença ora atacada autoriza a participação do autor no concurso de promoção de 2009.1, independentemente do cumprimento do seu estágio probatório.

Verifico que ao Autor foi assegurado, por meio da decisão que antecipou os efeitos da tutela, em 07 de maio de 2010, a promoção para o cargo de Procurador da Fazenda Nacional de Primeira Categoria, conforme Portaria Interministerial nº 365/2010. Portanto, a sentença que se pretende suspender apenas confirmou a tutela antecipada, contra a qual não foi ajuizado pedido de suspensão.

Desta forma, o momento oportuno para a União buscar a suspensão da decisão seria durante o trâmite do concurso de promoção, o que não fez.

Não se desconhece a orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, entretanto, também é evidente que em todas as vezes em que a Corte Suprema foi chamada a se posicionar sempre o fez para suspender a execução de decisões na fase liminar, o que impedia, por lógico, que o interessado concorresse ao cargo pretendido.

No caso em tela, a União se manteve inerte na época em que foi prolatada a decisão que antecipou a tutela, somente ajuizando o pedido de suspensão após o encerramento do concurso, permitindo, portanto, que o autor tomasse posse no cargo de Procurador da Fazenda Nacional de Primeira Categoria.

Com efeito, levando em conta o interesse público, bem como sopesando os riscos de lesão à ordem pública, em termos de ordem jurídico-administrativa, conclui-se que diante do fato já consumado, ou seja, da promoção do autor ao cargo, o perigo de lesão se mostra maior caso fosse revertido neste momento o efeito da decisão antecipatória e da sentença que a confirmou.

Pelo exposto, **indefiro** o pedido de suspensão da execução da sentença proferida na ação ordinária nº 0006970-78.2010.4.03.6100.

Decorrido o prazo para eventuais recursos, arquivem-se os autos.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

ROBERTO HADDAD

Presidente

00003 SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 0036039-25.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.036039-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal PRESIDENTE
REQUERENTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
REQUERIDO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE BAURU Sec Jud SP
INTERESSADO : Ministerio Publico Federal
PROCURADOR : PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO
INTERESSADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI
No. ORIG. : 00075923620104036108 1 Vr BAURU/SP
DESPACHO
Preliminarmente, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

ROBERTO HADDAD

Presidente

SUBSECRETARIA DOS FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

Expediente Nro 7275/2010

DIVISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RCED

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0101726-84.1997.4.03.6181/SP
1999.03.99.006146-7/SP

EMBARGANTE : Justica Publica

EMBARGADO : FERNANDO DE OTERO MELLO

ADVOGADO : JOSE RENA

EMBARGADO : VALDIR SIVIERO

ADVOGADO : NEWTON RUSSO

: HENRIQUE LINDENBOJM

EMBARGADO : RONALDO CAPPAS DE OTERO MELLO

ADVOGADO : JOSE RENA

EMBARGADO : ORLANDINO ANGELO CAPPAS

ADVOGADO : RENATA LUIZA DA SILVA

No. ORIG. : 97.01.01726-9 7P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Recurso especial interposto por **Valdir Sivieiro**, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que por maioria deu provimento ao recurso ministerial para reformar a decisão e receber a denúncia. Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, bem como os embargos infringentes que foram desprovidos. Sobrevieram novos embargos de declaração, os quais também foram rejeitados.

Alega-se:

- a) a equivocada valoração da prova feita pelo tribunal *a quo* resultou no indiciamento do recorrente, uma vez que a certidão de uso interno da JUCESP, que contém erro datilográfico, foi utilizada para fundamentar o *decisum*;
- b) a Lei n.º 7.492/86 diz respeito aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e não é aplicável ao caso concreto;
- c) o recorrente não se enquadra no crime do artigo 95, alínea "d", da Lei n.º 8.212/91, visto que não era administrador e não poderia arrecadar qualquer importância dos segurados;
- d) o acórdão recorrido divergiu de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em contrarrazões, às fls. 396/401, sustenta-se, em síntese, a pretensão de reexame de provas e que o acusado era sócio da empresa à época dos fatos narrados na denúncia.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão no recurso em sentido estrito assenta:

RECURSO E SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DOS SÓCIOS. RECURSO PROVIDO.

- Denúncia que obedece aos requisitos 41 do CPP.

- Não que se falar em responsabilidade objetiva, in casu, porque, para fins de acusação, não constitui constrangimento ilegal atribuir a sócio-administrador de uma empresa a autoria por atos caracterizadores de crime contra a ordem tributária. É claro que, ao fim de regular processo penal, nenhuma declaração de culpa ou imposição de reprimenda pode resultar, a menos que se determine o elo entre o fato e seu autor e que este tenha agido dolosamente. A certeza é de rigor, então.

- Recurso provido para reformar a decisão recorrida e receber a denúncia.(fl. 168)

A ementa dos embargos de declaração está redigida:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO SOBRE A QUALIFICAÇÃO DE SÓCIO-GERENTE DE UM DOS ACUSADOS. DESCABIMENTO.

- A turma já se pronunciou sobre o tema. O embargante retirou-se da sociedade, após o período delitivo, e a ficha cadastral da JUCESP de fls. 41/42 lhe atribui cargo de sócio-gerente na empresa. Embora relevante, a alegação de erro datilográfico não resta suficientemente demonstrada e o instituto dos embargos de declaração não se presta à modificação do julgado mediante reexame de questão decidida (art. 619 do CPP)

- Embargos rejeitados.(fl. 221)

A ementa dos embargos infringentes aduz:

PROCESSUAL PENAL: EMBARGOS INFRINGENTES. DIVERGÊNCIA NO TOCANTE AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR ESTA CORTE (VOTO-VENCEDOR). RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA APRECIÇÃO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA (VOTO-VENCIDO). RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR INÉPCIA. DEVOUÇÃO AO TRIBUNAL AD QUEM DE TODO O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA OFERECIDA EM OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. COGNIÇÃO AMPLA. SÚMULA 709 DO STF.

I - O recurso em sentido estrito contra a rejeição da denúncia por inépcia devolve ao tribunal ad quem todo o juízo de admissibilidade da exordial acusatória, não implicando, pois, em supressão de instância.

II - Na hipótese dos autos, a Quinta Turma deste Egrégio Tribunal entendeu, à unanimidade, que a denúncia não é inepta e satisfaz os requisitos previstos no artigo 41 do CPP.

III - Sobre a alegação de que o embargante não era sócio-gerente à época dos fatos, a Turma expressamente se pronunciou, consignando que o embargante retirou-se da sociedade, após o período delitivo, e a ficha cadastral da JUCESP lhe atribui o cargo de sócio-gerente na empresa. A alegação de eventual erro datilográfico só poderá ser apreciada no curso da instrução criminal, ou seja, a cognição foi ampla e a justa causa para ação penal também foi devidamente analisada.

IV - Preenchidos os requisitos legais, nada obsta que a exordial acusatória, que não fora recebida em primeira instância, seja recebida em grau de recurso, conforme Enunciado nº 709 da Súmula do Colendo STF.

V - Embargos infringentes improvidos.(fls. 283/284).

A ementa dos embargos de declaração contra o acórdão dos embargos infringentes afirma:

PROCESSUAL PENAL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE.

I - Os presentes embargos ostentam caráter infringente pretendendo o embargante, em verdade, a reapreciação e modificação do julgado, o que não se coaduna com a via processual eleita.

II - O julgado embargado não padece de omissão, tendo enfrentado devidamente as questões aduzidas.

III - Descabe, em sede de declaratórios, reabrir-se discussão sobre matéria apreciada e decidida na decisão embargada.

IV - Na verdade, o que pretende o embargantes é a modificação do julgado, pela via dos declaratórios, o que é inadmissível.

V - Embargos rejeitados.(fl. 298).

In casu, a denúncia narra devidamente a ocorrência de fato típico, segundo o qual Valdir Siviero, consciente e voluntariamente, na condição de sócio-gerente da empresa Moldesa Indústria e Comércio Ltda., conforme contrato social e ficha cadastral da JUCESP, deixou de recolher valores referentes às contribuições sociais arrecadadas dos empregados segurados, conduta tipificada no artigo 95, alínea "d", da Lei n.º 8.212/91 c.c. artigo 5º da Lei n.º 7.492/86, correspondente ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Da leitura da denúncia de fls. 02/04 percebe-se que a descrição do fato tido como delituoso atende os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, bem como permite o conhecimento da acusação e possibilita o exercício da

ampla defesa. Dessa forma, observados os aspectos formais da peça acusatória, quais sejam, a descrição do fato com todas as suas circunstâncias e a qualificação do acusado, legítima a imputação da conduta delituosa.

O argumento exposto pelo recorrente de que não era administrador da empresa não é plausível, uma vez que evidencia a pretensão ao reexame dos documentos colacionados, vedado em sede de recurso especial. No mesmo sentido, não cabe qualquer alegação de que o tribunal equivocou-se na valoração da prova, diante de um erro datilográfico na certidão de uso interno da JUCESP, porquanto o recurso em questão não se presta ao reexame do conjunto fático-probatório, consoante a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

No que se refere à negativa de vigência dos artigos 5º e 25 da Lei n.º 7.492/86, a matéria não está prequestionada, uma vez que não foi analisada nos embargos de declaração, não foi abordada nos embargos infringentes, tampouco a omissão foi sanada nos declaratórios opostos contra o acórdão que negou provimento aos infringentes. Incide, portanto, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo".

Nos termos do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, "o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". No caso, não se encontra demonstrado o alegado dissenso, visto que os julgados apresentados não se assemelham à matéria do acórdão recorrido.

O acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello (HC 73590-8/SP) não é semelhante ao caso, pois o aresto recorrido não se refere à culpa ou condenação penal do agente, apenas analisa se a denúncia preenche os requisitos legais. Quanto ao acórdão em que é relator o Ministro Edson Vidigal (REsp 216.523/Ceará), ao afirmar a imprescindibilidade do elemento subjetivo do tipo no crime de apropriação indébita previdenciária, o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça não se amolda ao caso, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 168-A DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA. ALEGAÇÃO DE QUE O RECORRENTE À ÉPOCA DOS FATOS, NÃO FIGURAVA NO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ESPECIAL FIM DE AGIR. PRESCINDIBILIDADE DE SUA DEMONSTRAÇÃO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DO PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL. EXCLUSÃO DA EMPRESA DO REFIS.

I - Em se tratando de crime societário, não há, necessariamente, nulidade na denúncia que deixa de detalhar as condutas dos acusados, sendo prescindível a descrição pormenorizada da participação de cada um, desde que não haja prejuízo para a ampla defesa. (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

II - Somente a partir do exame acurado do material probatório colhido durante a instrução criminal poderá concluir-se o paciente realmente participou do esquema de sonegação fiscal descrito na denúncia e durante qual período. (Precedentes)

III - O tipo subjetivo no injusto do art. 95, alínea d da Lei nº 8.212/91 que teve continuidade de incidência no art. 168-A, § 1º, inciso I do CP (Lei nº 9983/00), se esgota no dolo, sendo despiendo qualquer outro elemento subjetivo diverso, mormente a intenção de fraudar porquanto de estelionato não se trata (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

IV - A via do writ não permite o exame aprofundado do material cognitivo. (Precedentes).

V - Se o débito decorrente do não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados não foi objeto de parcelamento, haja vista que a pessoa jurídica foi, apenas, incluída no REFIS e dele, posteriormente, excluída, não se há de cogitar na suspensão da pretensão punitiva ou ainda, com maior razão na extinção da punibilidade, como pretende o recorrente (Precedentes).

Recurso desprovido. (Grifo nosso).

(RHC 17668/SP, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2005/0067783-0, Quinta Turma, Rel. Min. Feliz Fischer, j. 06.12.2005, Dj. 20.03.2006).

Em relação aos acórdãos em que são relatores os Ministros Jorge Scartezini (HC 9396/MG) e Hamilton Carvalho (HC 11231/Maranhão), respectivamente, não há semelhança com a espécie, pois a denúncia, objeto dos autos, estabelece a relação de causalidade entre a ação do recorrente, que deixou de recolher as contribuições previdenciárias, e o resultado que se traduz nos valores não repassados aos cofres da Previdência Social. Ademais, a peça acusatória descreve a conduta delitiva do agente, o que não possibilita o entendimento de que o julgado recorrido adotou a responsabilidade penal objetiva.

De outro lado, não houve acusação genérica, sem apontar a participação do recorrido, como no acórdão relatado pelo Ministro Vicente Leal (HC 11.459), e não procede qualquer alegação relacionada ao artigo 25 da Lei n.º 7.492/86, abordado no acórdão em que é relator o Ministro Hamilton Carvalhido (HC 9031/SP), visto que a matéria não foi prequestionada.

Ante o exposto, **NÃO ADMITO O RECURSO ESPECIAL.**

Dê-se ciência.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0104505-12.1997.4.03.6181/SP
2003.03.99.025895-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : ROBERTO RAMBERGER
: SELMA MARIA RAMBERGER
: SUSI RAMBERGER

ADVOGADO : MAURICIO ZANOIDE DE MORAES

APELADO : Justica Publica

No. ORIG. : 97.01.04505-0 8P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Embargos de declaração opostos por Roberto Ramberger, Selma Maria e Susi Ramberger contra decisão de fls. 1671/1678, que admitiu o recurso especial.

Alega omissão ao argumento de que a decisão embargada não apreciou a tese de ofensa aos artigos 395, inciso III, e 156 do Código de Processo Penal e 83 da Lei n. 9430/96, bem como não fundamentou a não admissão do recurso fundamentado no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal.

Decido.

A decisão embargada tem a seguinte redação:

Recurso especial interposto por Susi Ramberger, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, negou provimento à apelação, mantida a condenação a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e reduzida a pena pecuniária para 17 (dezessete) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, pela prática dos delitos previstos no artigos 1º, inciso II e IV, da Lei n. 8.137/90. Os embargos de declaração opostos pela defesa da ré Susi foram rejeitados.

Alega-se, em síntese:

- a) ofensa aos artigos 395, inciso III, e 156 do Código de Processo Penal, 68 e 59 do Código Penal;*
- b) falta de justa causa para a condenação por atipicidade do fato imputado, vez que não há nos autos qualquer informação sobre a constituição do tributo, mas apenas notícia de pendência de recurso administrativo;*
- c) a decisão não indicou qual seria o elemento material que comprovaria o delito tributário e, portanto, desconsiderou a necessidade de comprovação da tipicidade da conduta para a instauração e prosseguimento da ação penal, em ofensa do artigo 395, inciso III, do Código Penal;*
- d) dissídio jurisprudencial com relação aos julgados do STJ;*
- e) houve inversão do ônus probatório por ter sido exigida da defesa produção de prova acerca de sua inocência, razão pela qual o processo deve ser anulado desde a sentença condenatória, com a conversão do julgamento em diligência;*
- f) a condenação foi baseada em responsabilidade objetiva, sem amparo probatório mínimo, com violação do princípio de que o ônus probatório caberia à acusação, em contrariedade ao artigo 156, caput, do Código de Processo Penal;*
- g) a pena-base foi majorada apenas com fundamento em maus antecedentes pela suposta existência de condenação anterior e a vultosa quantidade de notas fiscais utilizadas;*
- h) não obstante os embargos de declaração tenham reconhecido a inexistência de maus antecedentes em relação à corré Susi, foi mantida a pena imposta, sob o fundamento único de "relevante quantidade de tributos federais suprimidos", o que não se enquadra em qualquer das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.*

Contrarrazões (fls. 1657/1662) nas quais o Ministério Público sustenta que o recurso não deve ser admitido, porque ensejaria reexame de provas e por não ter restado demonstrada a divergência jurisprudencial. Caso seja recebido, o recurso não merece provimento.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade.

O v. acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

PENAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - PRELIMINARES - INÉPCIA E LITISPENDÊNCIA - AFASTAMENTO - PRESCRIÇÃO RETROATIVA - NÃO RECONHECIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA DE IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO - COMPROVAÇÃO - ABSOLVIÇÃO DE CORRÉ COM FUNDAMENTO DIVERSO - PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO

1. Arguição de litispendência que se afasta, uma vez que esta questão já foi definitivamente decidida por esta Corte nos autos do *habeas corpus* nº 2000.03.00.029816-3, cuja ordem foi denegada pela E. 5ª Turma, deixando claro tratar-se de fatos distintos, apesar de semelhantes (cf. docs. de fls. 1505/1515).
2. Afasta-se, ainda, a alegação de inépcia da denúncia, pois os fatos foram narrados de forma objetiva e clara, possibilitando aos acusados o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, não sendo necessária, como é cediço, a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos réus em se tratando de crimes societários, uma vez que a individualização decorrerá da própria instrução processual, onde será devidamente apurada a responsabilidade de cada um deles pela efetiva administração societária. Precedentes desta Corte e dos Tribunais Superiores.
3. Ainda, em preliminar, deixa-se de declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do corréu Roberto Ramberger, uma vez que não há nos autos documentação oficial dando conta de ser ele, realmente, maior de setenta anos, o que ensejaria a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal. Prescrição que só pode ser reconhecida ante a existência de prova documental cabal que ateste a idade do réu.
4. Materialidade e autoria efetivamente comprovadas ante as robustas provas documentais e testemunhais produzidas, dando conta de que a empresa administrada pelos réus utilizou-se de documentação apócrifa - notas fiscais "frias", originárias de duas empresas "fantasmas", com o fim de deduzir impostos de sua base de cálculo e, com isso, reduzir tributos federais.
5. Responsabilidade pela gestão societária que competia tanto ao acusado Roberto quanto à sua filha Susi Ramberger, conforme prova oral colhida durante os interrogatórios dos réus e o atestado expressamente no contrato social da empresa, em que Roberto, sócio majoritário, confere a Susi totais e irrestritos poderes de gestão, dentro do período narrado na denúncia.
6. Reprimendas proporcionalmente aplicadas, considerando condenação anterior e as consequências graves do crime.
7. Alteração, de ofício, do regime prisional para o aberto e redução da pena de multa para dezessete dias-multa, proporcionalmente à pena privativa de liberdade aplicada.
8. Preliminares afastadas. Recurso parcialmente provido.

A ementa do acórdão nos embargos tem a seguinte redação:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE - AFASTAMENTO - PRESCRIÇÃO RETROATIVA E INTERCORRENTE EM FAVOR DE CORRÉU - RECONHECIMENTO - EMBARGOS IMPROVIDOS - PUNIBILIDADE EXTINTA

1. Não há previsão legal para apresentação de razões de apelação complementares, de maneira que toda a matéria devolvida a esta Corte restringe-se, tão somente, aos limites do recurso de apelação interposto pelos antigos patronos dos embargantes.
2. No que se refere à informação sobre o término do procedimento administrativo-fiscal, da mesma forma, esta E. Turma, quando do julgamento da apelação, analisou e afastou referida tese em preliminar de mérito, tendo constado expressamente da tira de julgamento e do Acórdão a rejeição da preliminar suscitada da tribuna pela defesa, que requeria a conversão do julgamento em diligência para que fosse oficiada a Receita Federal a fim de informar o andamento do procedimento fiscal. Diligência que pode ser realizada pela própria defesa.
3. Omissão quanto aos fundamentos da condenação não constatada, porquanto a E. Turma manifestou-se expressamente acerca das razões, segundo o seu entendimento, de estar provada a responsabilidade de Susi Ramberger na gestão societária, não se podendo confundir omissão ou obscuridade da decisão com o seu inconformismo pela parte, em relação ao qual recursos outros são, em tese, cabíveis, que não os embargos de declaração.
4. Reprimendas corretamente dosadas em primeiro grau, em razão da relevante quantidade de tributos federais suprimidos.
5. Extinção da punibilidade do corréu Roberto Ramberger em razão da ocorrência da prescrição retroativa e intercorrente.
6. Embargos improvidos. Punibilidade do corréu extinta.

Sustenta-se, ainda, ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal, ao argumento de que a pena imposta, inicialmente majorada em razão de maus antecedentes, condenação anterior e vultosa quantidade de notas fiscais utilizadas, após a oposição de embargos de declaração, foi mantida com fundamento único na "relevante quantidade de tributos federais suprimidos", o que não se enquadra em qualquer das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Quanto à dosimetria da pena, restou consignado no voto:

Passo, pois, à análise da dosimetria da pena.

E, nessa seara, melhor sorte não assiste aos acusados, pois, ao que se vislumbra da análise da fundamentação "a quo", sua Excelência considerou que, apesar de tecnicamente primários, os réus já ostentam condenação. Além disso, foi vultosa a quantidade de notas fiscais utilizadas pelos réus, com o fim de ludibriar o Fisco Federal, possibilitando a redução de vários impostos federais, fatos que, evidentemente, devem ser sopesados na dosimetria da pena-base. Assim, mantenho a aplicação da pena, na primeira fase, em três anos de reclusão.

Deve ser mantida, ainda, a majoração imposta na terceira fase, em razão da continuidade delitiva, já que foram várias as condutas perpetradas - entre abril de 1992 a dezembro de 1993 -, de maneira que correto o aumento, aplicado no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), perfazendo a reprimenda final de três anos e seis meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, aplicada em trinta e cinco dias-multa, deve ser seguido o mesmo critério utilizado para a pena privativa de liberdade, de maneira que, aplico-a na primeira fase em quinze dias-multa, aumentando-a de 1/6 (um sexto) na terceira, perfazendo a pena final de dezessete dias-multa, que reduzo de ofício.

No que se refere ao regime inicial, considerando que sua Excelência verificou presentes os requisitos para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, tenho que, pelas mesmas razões, torna-se incabível a aplicação do regime semiaberto, sendo mais consentâneo e proporcional a esta realidade fática o regime aberto, que aplico de ofício.

No voto dos embargos de declaração, a questão foi assim analisada:

No tocante à dosimetria da pena, os embargos merecem, da mesma forma, integral rejeição.

Isso porque, apesar de a única condenação anterior existente nos autos referir-se ao corréu Roberto Ramberger, sendo Susi realmente primária, foram sérias as conseqüências causadas pelo crime fiscal perpetrado, o que é denotado pela grande quantidade de notas fiscais falsas utilizadas para o seu cometimento, reduzindo e suprimindo relevante quantidade de tributos federais, circunstância que, ao contrário do aduzido pela defesa, conduz à conclusão de que a pena-base deve ser fixada consideravelmente acima do mínimo legal, nos exatos termos aplicados em primeiro grau, à luz do artigo 59 do Código Penal.

Verifica-se que inicialmente a pena-base foi majorada também em razão de condenação antecedente ainda não transitada em julgado. Após a oposição de embargos de declaração, o acórdão reconheceu que a primariedade da corré Susi, mas manteve a mesma majoração ao fundamento de que as demais circunstâncias judiciais eram suficientes para que a pena-base fosse consideravelmente elevada. Nesse aspecto, o acórdão contraria entendimento majoritário.

Confirma-se precedente nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, entre outras, de expressões como: "culpabilidade acentuada", "limite do sentimento de impunidade" "fez de tudo para ocultar a ilicitude" e "conduta bastante reprovável". Dessa forma, não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a exacerbação da reprimenda.

III - Inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base ou, conseqüentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

IV - Há fundamentação concreta, entretanto, para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange as demais circunstâncias do art. 59, do Código Penal, no caso, conseqüências do crime.

Ordem parcialmente concedida.

(HC 161678 / RO - 5 Turma - Rel. Min. FELIX FISCHER - julg. 02.09.2010 - DJe 04.10.2010)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. VOTO MÉDIO. RESTRIÇÃO AO QUANTUM. MAJORAÇÃO DA PENA DECLARADA POR UNANIMIDADE DE VOTOS PELO TRIBUNAL RECORRIDO. CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PENA-BASE FIXADA NO MÁXIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE E DESMOTIVADA. EXASPERAÇÃO NÃO JUSTIFICADA.

1. O voto médio restrito ao quantum da pena não desafia embargos infringentes quando definitivo e unânime o acolhimento da tese de exasperação da pena em sede de recurso de apelação manejado pelo Parquet, notadamente quando, no caso concreto, essa unanimidade foi declarada expressamente em julgamento de Embargos de Declaração pelo Tribunal recorrido, também por unanimidade.

2. Não se pode exasperar a pena por uma denúncia em abstrato, por um crime não tipificado nos autos, sem que houvesse a acusação formal na denúncia. Tampouco pode o Tribunal a quo avocar para si a emendatio libeli em sede de recurso de apelação, sem oportunizar ao acusado os princípios do contraditório e ampla defesa, pouco importando a natureza e gravidade do delito cometido.

3. É vedada a majoração da pena-base ao máximo sem a devida fundamentação no tocante a presença de todas as circunstâncias judiciais a ensejar tal aplicação máxima - Precedentes desta Eg. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC HC 97.796/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 26/05/2008; HC

60.166/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006 p. 332; entre outros).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa extensão provido

(REsp 1077975 / RJ - T5 - QUINTA TURMA - Rel Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO- Relator pra acórdão : HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO-DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP - 21.09.2010 - DJe 27.09.2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I, II E III, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÁXIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXASPERAÇÃO NÃO JUSTIFICADA.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que a r. decisão condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base no máximo legal.

Ordem concedida.

(HC Nº 97.796 - SP - 5 Turma - MINISTRO FELIX FISCHER - julg. 27.03.08 - DJe 26.05.08)

Logo, viável a admissão do recurso especial com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal.

Os demais argumentos expendidos pelo recorrente serão objeto de conhecimento ou não do Superior Tribunal de Justiça. Aplicáveis as Súmulas nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, **admito** o recurso especial.

Dê-se ciência. (fls. 1671/1678-grifei)

O texto destacado evidencia que, diferentemente do que alega o recorrente, não houve omissão. As Súmulas **nº 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal**, respectivamente, dispõem:

Súmula 292 - Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

Súmula 528 - Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

Assim, admitido o recurso especial por um dos fundamentos, desnecessária a apreciação dos demais, nos termos das súmulas acima transcritas, conforme constou da decisão embargada.

Inexiste omissão.

Ante o exposto, **REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**.

Dê-se ciência.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00003 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008191-31.2003.4.03.6104/SP

2003.61.04.008191-8/SP

APELANTE : Justica Publica

APELANTE : JORGE LASCANE JUNIOR

ADVOGADO : EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI e outro

APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Recurso especial interposto por Jorge Lascane Junior, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, deu provimento ao seu apelo, a fim de absolvê-lo da imputação da prática do delito previsto no artigo 334, parágrafo 1º, "d", do Código Penal, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e deu provimento à apelação do Ministério Público Federal para condená-lo à pena de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa pela prática do delito previsto no artigo 304 do Código Penal (fl. 551). Embargos de declaração rejeitados (fl. 582).

Alega-se existência de dissídio jurisprudencial com julgados do Superior Tribunal de Justiça, desta corte regional e dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Distrito Federal e Paraná quanto aos temas da aplicação do princípio da consunção e da atipicidade da conduta quando inexistente o dolo.

Contrarrazões, às fls. 647/652vº, em que se sustenta a inadmissibilidade do recurso especial, ao fundamento de que se pleiteia revolvimento de matéria de fato, assim como de que não houve o devido cotejo entre os acórdãos paradigmas e recorrido.

Decido.

Presentes os demais pressupostos genéricos recursais.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. ARTIGO 334, §1º, ALÍNEA "D" DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. INCIDÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÕES PROVIDAS.

1. Autoria e materialidade do delito descaminho estão devidamente comprovadas.

2. Aquisição de mercadoria de origem estrangeira desacompanhada de documentação válida, subsumindo-se aos termos do artigo 334, §1º, do Código Penal.

3. Princípio da Insignificância incide na hipótese dos autos. Consoante se observa do Laudo de Exame Mercadológico nº 18155/05-SR/SP os produtos apreendidos, que caracterizam o crime de descaminho, foram avaliados à época em R\$ 2.388,00 (dois mil, trezentos e oitenta e oito reais). Assim, supondo que o tributo sonegado correspondesse na data dos fatos a 100% (cem por cento) do valor da mercadoria apreendida, o prejuízo sofrido pela Fazenda Pública não teria ultrapassado R\$ 2.388,00 (dois mil, trezentos e oitenta e oito reais), e por conseguinte, não seria objeto de execução fiscal, ante a aplicação da Lei nº 10.522/2002, razão pela qual absolvição é de rigor.

4. Autoria e materialidade do delito uso de documento falso estão sobejamente demonstradas.

5. Condenação de Jorge Lascane Júnior pela prática do delito previsto no artigo 304 do Estatuto Repressivo.

6. Dosimetria da pena. Tendo em vista que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao réu e diante da ausência de agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição de pena, a sanção penal deve ser fixada em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, e em 10 (dez) dias-multa, sendo cada dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, consoante dispõe o artigo 49, §§1º e 2º do mesmo diploma legal.

7. Presentes os requisitos legais do artigo 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução.

7. Apelações do réu e do Ministério Público Federal a que se dão provimento.

A ementa dos embargos de declaração têm a seguinte redação:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. NÃO CONFIGURADAS. TENTATIVA DE MODIFICAR O JULGAMENTO. PRESQUESTIONAMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Contradição e omissão não configuradas. A decisão embargada, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 620 do Código de Processo Penal.

2. O embargante pretende, ao alegar omissão e a contradição, a realização de novo julgamento com o reexame da matéria de acordo com a tese que defendem, o que não é possível pela via escolhida.

3. Admite-se o prequestionamento pela via dos embargos de declaração somente quando presentes as hipóteses previstas no artigo 620 do Código de Processo Penal, o que não está configurado nos autos.

4. Recurso conhecido e improvido.

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

"a) o acórdão paradigma deve ter enfrentado os mesmos dispositivos legais que o acórdão recorrido (...); b) o acórdão paradigma, de tribunal diverso (Súmulas 13, do STJ e 369, do STF), deve ter esgotado a instância ordinária (...); c) a divergência deve ser demonstrada de forma analítica, evidenciando a dissensão jurisprudencial sobre teses jurídicas decorrentes dos mesmos artigos de lei, sendo insuficiente a mera indicação de ementas (...); d) a discrepância deve ser comprovada por certidão, cópia autenticada ou citação de repositório de jurisprudência oficial ou credenciado; e) a divergência tem de ser atual, não sendo cabível recurso quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula 83, do STJ); f) o acórdão paradigma deverá evidenciar identidade jurídica com a decisão recorrida, sendo impróprio invocar precedentes inespecíficos e carentes de similitude fática com o acórdão hostilizado". (in: Resp 644274, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 28.03.2007)

Nos termos do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, "o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". No caso, não se encontra demonstrado o alegado dissenso, pois o recorrente se limitou a transcrever ementas dos julgados, sem o cotejo analítico entre eventuais teses tidas por divergentes por intermédio da indicação das circunstâncias que pudessem identificá-las ou assemelhá-las. Confira-se:

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

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

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

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

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

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

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

"Voltando à alínea c do art. 105, III, verifica-se, claramente, que o objetivo ali perseguido é o de possibilitar a unidade de interpretação da Lei federal em todo o território nacional. Como observa José Afonso da Silva, de nada valeria dar-se o recurso como "instrumento de validade ou da autoridade da lei federal se se deixasse a interpretação das normas jurídicas ao descontrolo, entregue à inclinações pessoais ou regionais dos julgadores". Ou, como já afirmara o saudoso Ministro do STF, Muniz Barreto: "De nada vale fundarem os tribunais na mesma disposição legal a solução de determinada relação de direito em lide, se os julgamentos divergem em suas conclusões, pela diversidade de interpretação da lei reguladora da espécie". (in Recurso Extraordinário e Recursos Especial, 10ª ed. rev. ampl. e atualiz. de acordo com as Leis 11.417 e 11.418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007)

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

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

Quanto à alegação de divergência relativa ao tema de atipicidade da conduta devido à ausência de demonstração do dolo do crime de falso, ressalte-se que, à vista de que o julgado impugnado concluiu haver a presença do elemento subjetivo do tipo, qualquer decisão em sentido diverso demandaria análise do conjunto fático-probatório, o que não se permite em sede de recurso especial, na conformidade do Enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008191-31.2003.4.03.6104/SP
2003.61.04.008191-8/SP

APELANTE : Justica Publica
APELANTE : JORGE LASCANE JUNIOR
ADVOGADO : EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI e outro
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto por Jorge Lascane Junior, com fundamento no artigo 102, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, deu provimento ao seu apelo, a fim de absolvê-lo da imputação da prática do delito previsto no artigo 334, parágrafo 1º, "d", do Código Penal, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e deu provimento à apelação do Ministério Público Federal para condená-lo à pena de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa pela prática do delito previsto no artigo 304 do Código Penal (fl. 551). Embargos de declaração rejeitados (fl. 582).

Alega-se negativa de vigência ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ao argumento de que houve cerceamento de defesa consubstanciado no indeferimento de pedido de adiamento da sessão de julgamento, devidamente justificado. Aduz-se repercussão geral do tema.

Contrarrazões, às fls. 653/658vº, em que se sustenta a inadmissibilidade do recurso, ao fundamento de não demonstração de ofensa à Constituição Federal e inexistência de repercussão geral.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A repercussão geral do tema caberá ao Supremo Tribunal Federal dizer.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. ARTIGO 334, §1º, ALÍNEA "D" DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA. INCIDÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÕES PROVIDAS.

1. Autoria e materialidade do delito descaminho estão devidamente comprovadas.

2. Aquisição de mercadoria de origem estrangeira desacompanhada de documentação válida, subsumindo-se aos termos do artigo 334, §1º, do Código Penal.

3. Princípio da Insignificância incide na hipótese dos autos. Consoante se observa do Laudo de Exame Mercadológico nº 18155/05-SR/SP os produtos apreendidos, que caracterizam o crime de descaminho, foram avaliados à época em R\$ 2.388,00 (dois mil, trezentos e oitenta e oito reais). Assim, supondo que o tributo sonegado correspondesse na data dos fatos a 100% (cem por cento) do valor da mercadoria apreendida, o prejuízo sofrido pela Fazenda Pública não teria ultrapassado R\$ 2.388,00 (dois mil, trezentos e oitenta e oito reais), e por conseguinte, não seria objeto de execução fiscal, ante a aplicação da Lei nº 10.522/2002, razão pela qual absolvição é de rigor.

4. Autoria e materialidade do delito uso de documento falso estão sobejamente demonstradas.

5. Condenação de Jorge Lascane Júnior pela prática do delito previsto no artigo 304 do Estatuto Repressivo.

6. Dosimetria da pena. Tendo em vista que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao réu e diante da ausência de agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição de pena, a sanção penal deve ser fixada em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, e em 10 (dez) dias-multa, sendo cada dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, consoante dispõe o artigo 49, §§1º e 2º do mesmo diploma legal.

7. Presentes os requisitos legais do artigo 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução.

7. Apelações do réu e do Ministério Público Federal a que se dão provimento.

A ementa dos embargos de declaração têm a seguinte redação:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. NÃO CONFIGURADAS. TENTATIVA DE MODIFICAR O JULGAMENTO. PRESQUESTIONAMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Contradição e omissão não configuradas. A decisão embargada, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 620 do Código de Processo Penal.*
2. *O embargante pretende, ao alegar omissão e a contradição, a realização de novo julgamento com o reexame da matéria de acordo com a tese que defendem, o que não é possível pela via escolhida.*
3. *Admite-se o prequestionamento pela via dos embargos de declaração somente quando presentes as hipóteses previstas no artigo 620 do Código de Processo Penal, o que não está configurado nos autos.*
4. *Recurso conhecido e improvido*

O recurso deixou de cumprir a exigência relacionada ao prequestionamento. Sua ausência constitui óbice intransponível à sequência recursal, haja vista implicar inovação e manifesta supressão de instância, segundo inteligência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis ao caso. Note-se que um dos patronos do recorrente - o advogado Eugênio Carlo Balliano Malavasi - pleiteou o adiamento do julgamento do recurso (fls. 546/547). No entanto, esse ocorreu na data designada, sem que houvesse decisão do relator a respeito do pedido. A matéria não foi submetida à turma julgadora por meio dos embargos de declaração.

Diante do exposto, **NÃO ADMITO** o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00005 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0001501-36.2005.4.03.6000/MS
2005.60.00.001501-2/MS

RECORRENTE : Justica Publica

RECORRIDO : LUIZ SERAFIM DIAS

ADVOGADO : LUIZ CARLOS SALDANHA RODRIGUES e outro

No. ORIG. : 00015013620054036000 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Recurso especial interposto por L.S.D., com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, deu provimento ao recurso do Parquet interposto contra decisão que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrente por infração ao artigo 22, parágrafo único, primeira e segunda parte, da Lei nº 7.492/96.

Alega-se, em síntese, que o acórdão deve ser reformado, porquanto determinou o prosseguimento de ação penal inútil, diante da ocorrência da prescrição em perspectiva.

Contrarrrazões, às fls. 424/426, nas quais o órgão ministerial requereu que o recurso não fosse conhecido, porquanto a Súmula nº 438 do S.T.J. firmou-se no mesmo sentido do decisum recorrido.

Decido.

Verifico o recurso especial foi interposto intempestivamente, em 31.08.2010. A publicação do acórdão ocorreu, em 13.08.2010 (fl. 400). Nos termos do artigo 26 da Lei nº 8.038/90, o prazo para interposição encerrou, em 30.08.2010.

Ante o exposto, **NÃO ADMITO O RECURSO**, por intempestivo.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00006 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001165-95.2006.4.03.6000/MS
2006.60.00.001165-5/MS

APELANTE : RODOCAMP TRANSPORTES RODOVIARIOS DE CARGAS LTDA
ADVOGADO : SEBASTIAO DE OLIVEIRA LIMA
APELADO : Justica Publica
CO-REU : AURELIO ROCHA
: NILTON FERNANDO ROCHA
: NILTON ROCHA FILHO
: PAULO ROBERTO CAMPIONE
: MILTON CARLOS LUNA
: JOSE AMERICO MACIEL DAS NEVES
: ROBERTO DONIZETI LOPES BUENO
: CASSIO BASALIA DIAS
: CARMEN CRISTIANA ZIMMERMAN
: ROBERTO FERREIRA
: ALDECIR PEDROSA
: ISRAEL SANTANA
: VOLMAR ARISTOLY FERNANDES LOPES
: MIGUEL CATHARINI NETO
: JOSE MAURO CANDIDO DE ALMEIDA
: JORGE DO NASCIMENTO FILHO
: MARCOS ROBERTO LUNA
: DIRECU ANTONIO BORTOLANZA
: ELZEVIR PADOIM

DECISÃO

Recurso especial interposto por Rodocamp Transportes Rodoviários de Cargas Ltda, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal, que, à unanimidade, negou provimento à apelação.

Alega-se, em síntese:

- a) contrariedade ao artigo 4º, §2º, da Lei n. 9612/98;
- b) os veículos apreendidos foram adquiridos com dinheiro lícito por financiamento com alienação fiduciária ou alienação gravada com cláusula de reserva de domínio;
- c) não é ônus do réu comprovar que os valores que serão utilizados no pagamento das prestações vincendas terão origem lícita.
- d) o acórdão recorrido diverge do entendimento firmado na 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Contrarrazões às fls. 712/723, nas quais se pleiteia o não conhecimento ou não provimento do recurso.

Decido.

Presentes os requisitos genéricos de admissibilidade.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS SEQUESTRADOS - SUSPEITA DE AQUISIÇÃO COM PRODUTO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E DE LAVAGEM DE DINHEIRO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - SEQUESTRO - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE DOS DELITOS - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE NÃO CERTIFICA A ORIGEM LÍCITA DA PROPRIEDADE - LICITUDE DA AQUISIÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

Inegáveis os indícios da existência de uma organização criminosa, voltada para a perpetração de delitos de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro, entre outros, o que levou o MM. Juiz de primeiro grau a determinar o seqüestro de determinados bens, inclusive aqueles que são objeto deste apelo.

O fato de os bens encontrarem-se alienados, fiduciariamente, a instituições financeiras, não possui o condão de certificar a legalidade do numerário utilizado nas suas aquisições, ainda que de forma parcelada. Em outras palavras,

a mera alienação fiduciária não afasta a possibilidade de determinado bem ter sido adquirido com o produto de crime, já que o numerário para pagamento das parcelas do financiamento pode advir de origem ilícita. A incriminação dos atos de lavagem de capitais e os instrumentos cautelares de constrição de bens previstos na Lei nº 9.613/98 visam justamente arrostar o aspecto financeiro da criminalidade organizada e a devolução dos bens seqüestrados ao apelante, ainda que na condição de fiel depositário, não se conforma com o espírito da lei, que pretende impedir que o agente continue a usufruir dos bens de origem espúria. Apelo negado.

A ementa do acórdão nos embargos tem a seguinte redação:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO A SER DECLARADA - PRETENSÃO DE REVISÃO DO MÉRITO RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS.1. É inadmissível, via embargos de declaração, o reexame do mérito recursal, com substituição do julgado, devendo a parte se valer da via processual pertinente. Na verdade, o embargante deixa clara a sua intenção de rediscutir questões já decididas nos autos, o que não se coaduna com os objetivos traçados pelos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal.

2. Ao contrário do que argumenta a embargante, existem indícios suficientes da prática de delito de lavagem e crime contra a ordem tributária (e não meras suspeitas), figurando a mesma como uma das principais empresas-satélite que visam dar aparência de legalidade às atividades dos irmãos Rocha/empresa CAMPINA VERDE.

3. Considerando que as atividades eram aparentemente lícitas e que a empresa iria honrar suas dívidas, não haveria porque não serem deferidos os financiamentos pelos mencionados bancos.

4. Em manifestação do parquet, citada parcialmente no v. acórdão, tratou-se da não comprovação da origem lícita dos bens apreendidos, não gerando nenhuma repercussão o fato de terem sido financiados.

5. No bojo do v. acórdão, tratou-se à exaustão dos indícios suficientes da prática delitativa e de que a empresa RODOCAMP fazia parte de um conjunto de empresas de fachada voltada para a prática de crime de lavagem.

6. Se existem sérias suspeitas de que a empresa servia como uma empresa de fachada para a organização capitaneada pela Campina Verde, nada mais é preciso ser dito quanto a bastante provável origem ilícita de seus bens.

7. Ademais, como decidiu o STJ, "A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é manifestamente incabível em sede de embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal" (STJ, EDAGA 200401700929/PI, 6a. Turma, Ministro Hamilton Carvalhido - DJU 29.06.2007, p. 726).

8. Embargos conhecidos e rejeitados.

O recorrente alega contrariedade ao artigo 4º, §2º, da Lei n. 9612/98, ao argumento de que o veículo apreendido foi adquirido com dinheiro lícito por financiamento com alienação fiduciária. Sustenta não ter o ônus de comprovar que os valores que serão utilizados no pagamento das prestações vincendas terão origem lícita, inclusive porque não seria possível fazê-lo.

Da leitura do texto acima transcrito verifica-se que o acórdão concluiu existentes "inegáveis os indícios da existência de uma organização criminosa, voltada para a perpetração de delitos de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro, entre outros". Restou consignado, ainda, na decisão recorrida que a alienação fiduciária do bem não é suficiente para afastar a possibilidade de ter ele sido adquirido com produto de crime. De qualquer maneira, o que se percebe é que o recorrente pretende o reexame do feito e de seu conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, na conformidade do que dispõe o Enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Ressalta-se também que o recurso foi interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contudo, não houve demonstração de divergência jurisprudencial entre tribunais acerca dos temas suscitados, conforme exigido pelo o colendo Superior Tribunal de Justiça, mediante a observância dos seguintes requisitos:

"a) o acórdão paradigma deve ter enfrentado os mesmos dispositivos legais que o acórdão recorrido (...); b) o acórdão paradigma, de tribunal diverso (Súmulas 13, do STJ e 369, do STF), deve ter esgotado a instância ordinária (...); c) a divergência deve ser demonstrada de forma analítica, evidenciando a dissensão jurisprudencial sobre teses jurídicas decorrentes dos mesmos artigos de lei, sendo insuficiente a mera indicação de ementas (...); d) a discrepância deve ser comprovada por certidão, cópia autenticada ou citação de repositório de jurisprudência oficial ou credenciado; e) a divergência tem de ser atual, não sendo cabível recurso quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula 83, do STJ); f) o acórdão paradigma deverá evidenciar identidade jurídica com a decisão recorrida, sendo impróprio invocar precedentes inespecíficos e carentes de similitude fática com o acórdão hostilizado". (in: Resp 644274, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 28.03.2007)

Nos termos do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, "o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". No caso, não se encontra demonstrado o alegado dissenso, pois o recorrente se limitou a transcrever a ementa do julgado eleito como paradigma, sem o **cotejo analítico** entre eventuais teses tidas por divergentes por intermédio da indicação das circunstâncias que pudessem identificá-las ou assemelhá-las. Confira-se:

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

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

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

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

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

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

Ante o exposto, NÃO ADMITO o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00007 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001549-58.2006.4.03.6000/MS
2006.60.00.001549-1/MS

APELANTE : ANTONIO CORREIA DIAS

ADVOGADO : SEBASTIAO DE OLIVEIRA LIMA

: ARIANE PATRÍCIA GONÇALVES

APELADO : Justica Publica

CO-REU : AURELIO ROCHA

: NILTON FERNANDO ROCHA

: NILTON ROCHA FILHO

: PAULO ROBERTO CAMPIONE

: MILTON CARLOS LUNA

: JOSE AMERICO MACIEL DAS NEVES

: ROBERTO DONIZETI LOPES BUENO

: CASSIO BASALIA DIAS

: CARMEN CRISTIANA ZIMMERMAN

: ROBERTO FERREIRA

: ALDECIR PEDROSA

: ISRAEL SANTANA

: VOLMAR ARISTOLY FERNANDES LOPES

: MIGUEL CATHARINI NETO

: JOSE MAURO CANDIDO DE ALMEIDA

: JORGE DO NASCIMENTO FILHO

: MARCOS ROBERTO LUNA

: DIRECU ANTONIO BORTOLANZA

: ELZEVIR PADOIM

DECISÃO

Recurso especial interposto por Antonio Correia Dias, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal, que, à unanimidade, negou provimento à apelação.

Alega-se, em síntese:

- a) contrariedade ao artigo 4º, §2º, da Lei n. 9612/98;
- b) o veículo apreendido foi adquirido com dinheiro lícito por financiamento com alienação fiduciária;
- c) não é ônus do réu comprovar que os valores que serão utilizados no pagamento das prestações vincendas terão origem lícita.

Contrarrazões às fls. 207/218, nas quais se pleiteia o não conhecimento ou não provimento do recurso.

Decido.

Presentes os requisitos genéricos de admissibilidade.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM SEQUÊSTRADO - SUSPEITA DE AQUISIÇÃO COM PRODUTO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - DÚVIDA SINCERA E RAZOÁVEL EM RELAÇÃO À PROPRIEDADE DO BEM APREENDIDO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE NÃO CERTIFICA A ORIGEM LÍCITA DA PROPRIEDADE - PEDIDO DE NOMEAÇÃO COMO FIEL DEPOSITÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE CAUÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A propriedade do referido veículo não é extrema de dúvidas. Há elementos que permitem creditar a real propriedade do bem apreendido a Cássio Basália Dias, filho do recorrente, que foi denunciado pela prática de diversos crimes nos autos da ação penal nº 2004.60.00.002649-7. Aliás, conforme bem asseverou o Ministério Público Federal: "(...) Vale anotar que, depois dos líderes da organização criminosa a que se refere a ação penal multicitada, Cássio é um dos seus integrantes com atuação mais destacada, cumprindo-lhe emprestar seu nome à ocultação da verdadeira propriedade de uma das empresas mais rentáveis do esquema, a RODOCAMP, que dá suporte operacional às atividades comerciais do grupo. O fato de ter colocado veículo pessoal em nome de seu pai revela sua preocupação em não arriscar a perda daquilo que efetivamente lhe pertence e foi adquirido com o produto das atividades criminosas da quadrilha (...)" (fl. 75).

2. Em quadros como o ora desenhado nestes autos é extremamente comum que os envolvidos na prática dos crimes procurem dispersar os bens obtidos com a atividade ilícita. É o que a doutrina brasileira e a italiana chamam, respectivamente, do uso de "laranjas" ou "homens de palha" pelos verdadeiros criminosos, com o intuito de dificultar a ação dos órgãos estatais incumbidos do esclarecimento do crime. Geralmente, a escolha recai sobre parentes ou amigos. Portanto, verifica-se que há dúvida no que diz respeito à veracidade da afirmação deduzida pelo recorrente, no sentido de ser o verdadeiro proprietário do veículo seqüestrado. E, se dúvida existe, não é esse o momento e nem a via processual adequada para tal espécie de debate.

3. O fato do bem encontrar-se alienado, fiduciariamente, a uma instituição financeira, não possui o condão de certificar a legalidade do numerário utilizado na sua aquisição, ainda que de forma parcelada. Em outras palavras, a alienação fiduciária não afasta a possibilidade de determinado bem ter sido adquirido com o produto de um crime.

4. Não há possibilidade do recorrente ser nomeado fiel depositário do bem seqüestrado, haja vista que não houve oferecimento de caução.

5. Sentença mantida. Apelo negado.

A ementa do acórdão nos embargos tem a seguinte redação:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO A SER DECLARADA - PRETENSÃO DE REVISÃO DO MÉRITO RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS I.

É inadmissível, via embargos de declaração, o reexame do mérito recursal, com substituição do julgado, devendo a parte se valer da via processual pertinente. Na verdade, o embargante deixa clara a sua intenção de rediscutir questões já decididas nos autos, o que não se coaduna com os objetivos traçados pelos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal.

2. Em manifestação do parquet, citada no v. acórdão, consta que o próprio réu no processo principal, ao ser interrogado, afirmou que o veículo lhe pertencia. Também tratou da proveniência ilícita dos bens apreendidos.

3. No bojo do v. acórdão, tratou-se à exaustão dos indícios suficientes de autoria, do envolvimento do descendente do embargante no esquema criminoso.

4. Se existem sérias suspeitas de que o filho do embargante integre quadrilha que se especializou na lavagem de dinheiro, na sonegação fiscal, e figurava como laranja de uma das empresas da organização criminosa capitaneada pela Campina Verde, nada mais é preciso ser dito quanto à origem de seus bens.

5. De fato, o réu emprestava o seu nome para o esquema criminoso, supostamente como sócio de uma das empresas mencionadas nos autos, e desse modo participava da empreitada delitativa regularmente, de maneira perene. Daí porque os indícios suficientes da proveniência ilícita.

6. E, se no v. acórdão embargado constou que havia dúvida sincera quanto à propriedade do veículo, implica dizer que não restou comprovado pelo apelante, ora embargante, a prova inequívoca da propriedade do veículo (propriedade estreme de dúvidas), condição exigida pelo artigo §2º do artigo 4º, da Lei de Lavagem, para a liberação do bem apreendido.

7. Ademais, como decidiu o STJ, "A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é manifestamente incabível em sede de embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal" (STJ, EDAGA 200401700929/PI, 6a. Turma, Ministro Hamilton Carvalhido - DJU 29.06.2007, p. 726).

8. Embargos conhecidos e rejeitados.

O recorrente alega contrariedade ao artigo 4º, §2º, da Lei n. 9612/98, ao argumento de que o veículo apreendido foi adquirido com dinheiro lícito por financiamento com alienação fiduciária. Sustenta não ter o ônus de comprovar que os valores que serão utilizados no pagamento das prestações vincendas terão origem lícita, inclusive porque não seria possível fazê-lo.

Da leitura do acórdão recorrido verifica-se que se concluiu não ser possível afastar as "dúvidas" sobre a propriedade do veículo, ao fundamento de haver elementos que permitem creditar a real propriedade do bem apreendido a ao filho do réu. De qualquer maneira, o que se percebe é que o recorrente pretende o reexame do feito e de seu conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, na conformidade do que dispõe o Enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Ressalta-se também que o recurso foi interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contudo não houve demonstração de divergência jurisprudencial entre tribunais acerca dos temas suscitados.

Ante o exposto, NÃO ADMITO o recurso.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00008 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001550-43.2006.4.03.6000/MS

2006.60.00.001550-8/MS

APELANTE : SOLO BOM COM/ E REPRESENTACOES LTDA

ADVOGADO : SEBASTIAO DE OLIVEIRA LIMA

APELADO : Justica Publica

CO-REU : AURELIO ROCHA

: NILTON FERNANDO ROCHA

: NILTON ROCHA FILHO

: PAULO ROBERTO CAMPIONE

: MILTON CARLOS LUNA

: JOSE AMERICO MACIEL DAS NEVES

: ROBERTO DONIZETI LOPES BUENO

: CASSIO BASALIA DIAS

: CARMEN CRISTIANA ZIMMERMAN

: ROBERTO FERREIRA

: ALDECIR PEDROSA

: ISRAEL SANTANA

: VOLMAR ARISTOLY FERNANDES LOPES

: MIGUEL CATHARINI NETO

: JOSE MAURO CANDIDO DE ALMEIDA

: JORGE DO NASCIMENTO FILHO

: MARCOS ROBERTO LUNA
: DIRECU ANTONIO BORTOLANZA
: ELZEVIR PADOIM

DECISÃO

Recurso especial interposto por Solo Bom Comércio e Representações Ltda, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal, que, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

Alega-se, em síntese:

- a) contrariedade ao artigo 4º, §2º, da Lei n. 9612/98;
- b) os veículos apreendidos foram adquiridos com dinheiro lícito, por financiamento com alienação fiduciária;
- c) tais veículos não pertencem aos denunciados na ação penal, mas sim ao credor fiduciário ou ao arrendante;
- d) há várias prestações em atraso, o que demonstra não ter havido "emprego de recursos financeiros, sejam eles lícitos ou ilícitos, na aquisição dos bens";
- e) o acórdão recorrido diverge do entendimento firmado na 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Contrarrazões às fls. 651/662, nas quais se pleiteia o não conhecimento ou não provimento do recurso.

Decido.

Presentes os requisitos genéricos de admissibilidade.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS SEQUESTRADOS - SUSPEITA DE AQUISIÇÃO COM PRODUTO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E DE LAVAGEM DE DINHEIRO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - SEQUESTRO - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA QUE NÃO CERTIFICA A ORIGEM LÍCITA DA PROPRIEDADE - ORIGEM LÍCITA DE VALORES - NÃO COMPROVAÇÃO - NOMEAÇÃO COMO FIEL DEPOSITÁRIO - NÃO CABIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

Inegáveis os indícios da existência de uma organização criminoso, voltada para a perpetração de delitos de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro, entre outros, o que levou o MM. Juiz de primeiro grau a determinar o seqüestro de determinados bens, inclusive aqueles que são objeto deste apelo.

O fato dos bens encontrarem-se alienados, fiduciariamente, a instituições financeiras, não possui o condão de certificar a legalidade do numerário utilizado nas suas aquisições, ainda que de forma parcelada. Em outras palavras, a mera alienação fiduciária não afasta a possibilidade de determinado bem ter sido adquirido com o produto de um crime, já que o numerário para pagamento das parcelas do financiamento pode advir de origem ilícita.

Por fim, não há possibilidade de o recorrente ser nomeado fiel depositário dos bens seqüestrados. O seqüestro somente poderia ser levantado se terceiro de boa-fé, a quem tivesse sido transferido os bens constritos - não o acusado - prestasse caução que assegurasse a aplicação do disposto no art. 91, II, "b" do Código Penal, conforme expressamente dispõe o art. 131, inc. II do Código de Processo Penal.

A incriminação dos atos de lavagem de capitais e os instrumentos cautelares de constrição de bens previstos na Lei nº 9.613/98 visam justamente arrostar o aspecto financeiro da criminalidade organizada e a devolução dos bens seqüestrados ao apelante, ainda que na condição de fiel depositário, não se conforma com o espírito da lei, que pretende impedir que o agente continue a usufruir dos bens de origem espúria.

Recurso improvido.

A ementa do acórdão nos embargos tem a seguinte redação:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO A SER DECLARADA - PRETENSÃO DE REVISÃO DO MÉRITO RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS

1. É inadmissível, via embargos de declaração, o reexame do mérito recursal, com substituição do julgado, devendo a parte se valer da via processual pertinente. Na verdade, o embargante deixa clara a sua intenção de rediscutir questões já decididas nos autos, o que não se coaduna com os objetivos traçados pelos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal.

2. Quanto aos bens objetos de alienação fiduciária, observo que a embargante é possuidora direta de alguns bens, na redação dada pelo Código Civil ao disciplinar a matéria, como se depreende inclusive da leitura dos documentos mencionados pela defesa do embargante, de modo que pode em tese pleitear a restituição.

3. E, no que toca aos contratos de arrendamento mercantil, embora tenha o embargante a opção de compra ao final, poderia requerer também a restituição, invocando o direito de possuidor de veículo(s), que decorre do contrato de

leasing firmado com instituição financeira. Tudo isso, porém, antes de se realizar um Juízo de cognição acerca da presença dos requisitos para o deferimento da restituição.

4. Ao contrário do que argumenta a embargante, existem indícios suficientes da prática de delito de lavagem e crime contra a ordem tributária (e não meras suspeitas), figurando a mesma como uma das principais empresas-satélite que visam dar aparência de legalidade às atividades dos irmãos ROCHA/empresa CAMPINA VERDE.

5. Considerando que as atividades eram aparentemente lícitas e que a empresa iria honrar suas dívidas, não haveria porque não serem deferidos os financiamentos pelos mencionados bancos.

6. Em manifestação do parquet, citada no v. acórdão, tratou-se da não comprovação da origem lícita dos bens apreendidos, não gerando nenhuma repercussão o fato de terem sido financiados.

7. No bojo do v. acórdão, tratou-se à exaustão dos indícios suficientes da prática delitiva e de que a empresa SOLO BOM fazia parte de um conjunto de empresas de fachada voltada para a prática de crime de lavagem.

8. Se existem sérias suspeitas de que a empresa servia como uma empresa de fachada para a organização capitaneada pela Campina Verde, nada mais é preciso ser dito quanto a bastante provável origem ilícita de seus bens.

9. Ademais, como decidiu o STJ, "A apreciação de violação de dispositivos constitucionais é manifestamente incabível em sede de embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal" (STJ, EDAGA 200401700929/PI, 6a. Turma, Ministro Hamilton Carvalhido - DJU 29.06.2007, p. 726).

10. Embargos conhecidos e rejeitados.

O recorrente alega contrariedade ao artigo 4º, §2º, da Lei n. 9612/98, ao argumento de que os veículos apreendidos foram adquiridos com dinheiro lícito, por financiamento com alienação fiduciária. Sustenta que tais bens pertencem ou ao agente fiduciário ou ao arrendante.

Da leitura do texto acima transcrito verifica-se que o acórdão concluiu pela existência de "inegáveis os indícios da existência de uma organização criminosa, voltada para a perpetração de delitos de sonegação fiscal e de lavagem de dinheiro". Restou consignado, ainda, na decisão recorrida que a alienação fiduciária do bem não é suficiente para afastar a possibilidade de ter ele sido adquirido com produto de crime. De qualquer maneira, o que se percebe é que o recorrente pretende o reexame do feito e de seu conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, na conformidade do que dispõe o Enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Ressalta-se também que o recurso foi interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contudo, não houve demonstração de divergência jurisprudencial entre tribunais acerca dos temas suscitados, conforme exigido pelo o colendo Superior Tribunal de Justiça, mediante a observância dos seguintes requisitos:

"a) o acórdão paradigma deve ter enfrentado os mesmos dispositivos legais que o acórdão recorrido (...); b) o acórdão paradigma, de tribunal diverso (Súmulas 13, do STJ e 369, do STF), deve ter esgotado a instância ordinária (...); c) a divergência deve ser demonstrada de forma analítica, evidenciando a dissensão jurisprudencial sobre teses jurídicas decorrentes dos mesmos artigos de lei, sendo insuficiente a mera indicação de ementas (...); d) a discrepância deve ser comprovada por certidão, cópia autenticada ou citação de repositório de jurisprudência oficial ou credenciado; e) a divergência tem de ser atual, não sendo cabível recurso quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula 83, do STJ); f) o acórdão paradigma deverá evidenciar identidade jurídica com a decisão recorrida, sendo impróprio invocar precedentes inespecíficos e carentes de similitude fática com o acórdão hostilizado". (in: Resp 644274, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 28.03.2007)

Nos termos do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, "o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". No caso, não se encontra demonstrado o alegado dissenso, pois o recorrente se limitou a transcrever a ementa do julgado eleito como paradigma, sem o **cotejo analítico** entre eventuais teses tidas por divergentes por intermédio da indicação das circunstâncias que pudessem identificá-las ou assemelhá-las. Confira-se:

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

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

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

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

4. "A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial" (Súmula 13/STJ).
5. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1036061/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19.06.2008, DJ 04.08.2008 p. 1 - nossos os grifos)
Ante o exposto, NÃO ADMITO o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00009 RECURSO ESPECIAL EM EIfNu N° 0034474-31.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.034474-0/SP

EMBARGANTE : ALEX APARECIDO RAMOS FERNANDEZ
ADVOGADO : WAGNER FUIN
EMBARGADO : MARCOS ROBERTO WOLFGANG
ADVOGADO : VLADMIR DE FREITAS
PETIÇÃO : RESP 2009229901
RECTE : MARCOS ROBERTO WOLFGANG
No. ORIG. : 2007.61.22.000137-2 1 Vr TUPA/SP
DECISÃO

Recurso especial interposto por Marcos Roberto Wolfgang, com fulcro no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, por maioria, deu provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido.

Alega-se:

- a) negativa de vigência e ofensa aos artigos 23, inciso III, 139, 140 e 142, inciso I, todos do Código Penal, e 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, bem como divergência jurisprudencial acerca da matéria;
- b) a inviolabilidade do advogado não se estende a eventual ofensa irrogada ao juiz que caracterize calúnia;
- c) a atitude do defensor ultrapassou o limite da defesa do cliente;
- d) foi ofendida a honra subjetiva do recorrente.

Embargos de declaração não conhecidos (fls. 615/621 vº).

Contrarrazões, às fls. 1114/1119, nas quais se requereu que o recurso não fosse provido por inexistência de contrariedade ou negativa de vigência de dispositivos legais e ausência de dissídio jurisprudencial.

Decido.

Verifico o recurso especial foi interposto prematuramente, em 18.11.2009 (fl. 625), porquanto a publicação do acórdão dos embargos declaratórios opostos em 04.11.2009 (fls. 569/574), ocorreu em 04.05.2010 (fl. 622). Inequívoca sua intempestividade, nos termos do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, expresso na Súmula 418, de que **"é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação"**.

Ante o exposto, **NÃO ADMITO O RECURSO ESPECIAL**, por intempestivo.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00010 RECURSO ESPECIAL EM ACR N° 0011959-83.2007.4.03.6181/SP
2007.61.81.011959-2/SP

APELANTE : SERGIO AUGUSTO CHAVES MARINI

ADVOGADO : PAULO FREITAS RIBEIRO e outro

APELADO : Justica Publica

PETIÇÃO : RESP 2010046897

RECTE : SERGIO AUGUSTO CHAVES MARINI

DECISÃO

Recurso especial interposto por Sérgio Augusto Chaves Marini, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação interposta contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal em São Paulo que determinou o sobrestamento dos embargos de terceiro até o trânsito em julgado do decisum a ser proferido nos autos da ação penal nº 2006.61.81.008742-2.

Alega-se:

- a) ofensa aos artigos 130 do Código de Processo Penal, 4º, § 2º, e 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98 e 1046 do Código de Processo Civil;
- b) os embargos de terceiro opostos com o fim de desconstituir o arresto decretado não foram acolhidos, não obstante a medida possa recair somente sobre o patrimônio da parte, o que não é o caso dos autos;
- c) a regra de o julgamento dos embargos aguardar o trânsito em julgado da ação penal não se aplica ao arresto e sim ao sequestro;
- d) o recorrente agiu com boa fé, especialmente por ter comprado o imóvel muito antes dos fatos indicados na denúncia, além de ter solicitado todas as certidões de praxe e realizado o negócio com pessoa de sua família, a qual, por sua vez, adquiriu o bem antes do início da suposta prática criminosa;
- e) o artigo 1046 do Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente.

Contrarrrazões ministeriais às fls. 492/496, nas quais se sustenta a inadmissibilidade do recurso especial ou o desprovimento, em razão de necessidade de reexame fático inexistência de violação à legislação federal invocada.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DECISÃO DE SOBRESTAMENTO NOS EMBARGOS ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NA AÇÃO PENAL EM QUE A VENDEDORA DO IMÓVEL É INVESTIGADA. ARTIGO 130, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPP. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DÚVIDAS QUANTO A ONEROSIDADE E A BOA-FÉ DO EMBARGANTE NO NEGÓCIO. PERDIMENTO É EFEITO DA CONDENAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Pode ser negada vista dos autos criminais em que se processa medida constritiva que poderia ser frustrada pelo investigado ou por terceiros.*
2. *Ainda que houvesse cerceamento de defesa, ele só poderia causar a nulidade de atos posteriores, não da constrição liminar concedida inaudita altera pars.*
3. *A liberação antecipada dos bens somente teria lugar na hipótese em que houvesse a comprovação prévia, cabal e inequívoca da licitude da origem dos valores pagos pelo bem e da boa-fé do embargante, evidenciando-se a total desvinculação com os fatos em apuração na aludida ação penal.*
4. *Mostrando-se duvidoso o caráter da negociação empreendida e a boa-fé do embargante, a manutenção da medida ainda se mostra necessária até o julgamento final da lide penal.*
5. *Recurso a que se nega provimento. (fl. 397)*

Os embargos declaratórios foram julgados nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL EM PERÍODO ANTERIOR ÀS CONDUTAS IMPUTADAS NA DENÚNCIA. ANÁLISE PERTINENTE À AÇÃO PENAL. DATA DE AQUISIÇÃO DO IMÓVEL APRECIADA. OMISSÃO INEXISTENTE. EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO.

1. *A análise de ser ou não o bem sequestrado oriundo de proventos resultantes do ato ilícito deve ser feita por ocasião do julgamento da ação penal, momento em que se aferirá a prática ou não da conduta delituosa e sua extensão.*
2. *A questão referente à aquisição do imóvel pelo embargante ter ocorrido em 2002, antes, portanto, da propositura da ação penal, foi devidamente apreciada pelo acórdão embargado.*
3. *O arresto apreciou a matéria posta nos autos e, ao prover o recurso do Ministério Público Federal, condenar os denunciados e declarar, de ofício, extinta a punibilidade, julgou prejudicado o recurso de apelação interposto pela*

defesa que objetivava a alteração do fundamento legal da absolvição, do inciso V para os incisos III e IV do Código de Processo Penal.

4. No sistema processual vigente, os embargos de declaração não são o meio adequado à substituição da orientação dada pelo julgador, mas tão-somente de sua integração, sendo que a sua utilização com o fim de prequestionamento pressupõe o preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal.

7. Caracterizado o caráter infringente dos embargos declaratórios quando se pretende a rediscussão de temas já devidamente apreciados no acórdão embargado.

8. Não tendo sido demonstrado o vício supostamente existente no acórdão, que não apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar, revelam-se improcedentes os embargos.

9. Embargos de declaração rejeitados. (fls. 440/441)

Para melhor compreensão dos fatos, transcrevem-se os seguintes trechos do *decisum*:

"O pedido formulado na inicial dos embargos de terceiro fundamentou-se no artigo 129 do Código de Processo Penal e artigo 1.046 do Código de Processo Civil, objetivando a liberação do imóvel descrito na inicial, que seria de sua propriedade e cujo arresto foi determinado nos mencionados autos, em que CRISTIANA MARINI RODRIGUES DA CUNHA BRITO e outros são acusados de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e falsidade ideológica.

Aponta, em sede preliminar, a nulidade do julgado por cerceamento de defesa, uma vez que foi indeferido o pedido de vista formulado pela advogada do apelante, dirigido ao acesso dos autos em que a providência construtiva foi tomada (Medida Assecuratória nº 2006.61.81.011397-4).

Aduz que o imóvel foi legitimamente adquirido de CRISTIANA MARINI RODRIGUES DA CUNHA BRITO no ano de 2002, por meio da Escritura de Compra e Venda (fls. 10/11 vº), no valor total de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo que, apesar de o embargante deter vínculo de parentesco com a denunciada, a medida assecuratória deve recair apenas sobre os bens pertencentes aos acusados na lide penal.

Alude que a regra prevista no artigo 130 do Código de Processo Penal não se aplica ao caso de arresto, mas sim ao seqüestro, razão pela qual fundamenta a sua pretensão no artigo 129 do mesmo codex.

Afirma que a certidão do registro geral de imóveis revela que o apartamento em questão foi adquirido pela investigada no ano de 1996, ao passo a denúncia descreve fatos praticados no período compreendido entre os anos de 1998 e 2002, razão pela qual o bem em epígrafe sequer poderia ser alvo do arresto.

Esclarece que tomou as providências de praxe necessárias à concretização do negócio, reafirmando a boa-fé com a qual o manejou.

Requer seja dado provimento ao recurso, com vistas à anulação do processo ou o levantamento do arresto.

A Procuradoria Regional da República opinou seja negado provimento à apelação (fls. 385/386 vº).

É o relatório.

(...)

A tese difundida em sede preliminar não guarda plausibilidade, como bem ressaltou a Ilustre Representante do parquet, cuja opinião transcrevo e adoto como razões de decidir (fls. 385/386 vº):

Da nulidade. Não é o caso de se falar em nulidade do presente feito. Isso porque não foi juntada ao autos a decisão que indeferiu a vista da patrona do autor à medida assecuratória n. 2006.61.81.011397-4, não sendo possível aferir a razoabilidade do indeferimento. Ademais, não é direito absoluto a vista a autos de processos, que podem estar marcados pelo sigilo e segredo de justiça, o que impediria que terceiros tivessem acesso a seu conteúdo. E tais medidas são legítimas, pois feitas no interesse da persecução penal, para assegurar a imparcialidade do juízo e a integridade das partes e do próprio processo. Assim, não é o fato de ter sido negada a vista a suposto terceiro de boa-fé aos autos de medida assecuratória que tornará a presente demanda nula. Além disso, o interesse do presente feito é do próprio autor, motivo pelo qual é descabido falar em nulidade. Por fim, cumpre ressaltar que a denúncia constante no processo n.

2006.61.81.011397-4 foi juntada às fls. 276/354, o que permite inferir que o apelante possui acesso, pelo menos parcial, àqueles autos. **2. Do mérito. Esclarece o art. 125, do CPP, que "cabará o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro". Faculta-se ao terceiro que adquiriu de boa-fé o bem a oposição de embargos de terceiro (art. 130, II, do CPP). A aplicação, no caso dos autos, do art. 130, II, do CPP, a despeito do art. 129, do mesmo diploma, é necessária, tendo em vista que o imóvel foi adquirido a título oneroso da acusada pelo apelante, como demonstram o documento de fls.**

10/11v., segundo o qual "a vendedora vende ao comprador o imóvel em objeto, pelo preço certo e ajustado de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais" (fls. 10v.). Tendo sido o negócio jurídico realizado a título oneroso (como é o exemplo clássico da compra e venda), e o autor estar alegando a sua boa-fé na aquisição do imóvel, é imperiosa a aplicação do art. 130, do CPP, cujo parágrafo único estabelece que "não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória". Assim, não é possível apreciar os presentes embargos sem que a ação penal n. 2006.61.81.008742-2 tenha como desfecho uma sentença de mérito. No caso de uma sentença absolutória, ou que julgue extinta a punibilidade, o sequestro será automaticamente levantado. O mesmo se daria se o apelante tivesse apresentado a caução a que se refere o art. 131,II, do CPP. Não o tendo feito, não é possível o levantamento do sequestro até a sentença na ação penal. Como comenta Guilherme de Souza Nucci, "no tocante ao terceiro adquirente, a título oneroso, do imóvel, cabe a previsão feita no parágrafo único do art. 130, CPP, ou seja, os embargos por ele interpostos serão apreciados somente após o término definitivo do processo criminal" (Código de processo penal comentado, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 317). Existindo, então, o vínculo entre o

autor da infração penal e o terceiro de boa-fé - que, no caso, se deu com a alienação onerosa -, faz-se imprescindível o sobrestamento do feito até a sentença de mérito na ação penal. 3. Conclusão. Por todo o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovemento do recurso.

Pode ser negada vista dos autos criminais em que se processa medida constritiva que poderia ser frustrada pelo investigado ou por terceiros.

Ainda que houvesse cerceamento de defesa, ele só poderia causar a nulidade de atos posteriores, não da constrição liminar concedida inaudita altera pars.

A medida não significa expropriação dos imóveis, tendo em vista que só ao final da persecução criminal, caso provada a responsabilidade jurídico-penal do promitente vendedor dos bens, poderá ser decretada a perda em favor da União.

Essa perda constitui um dos efeitos da condenação (artigo 91 do Código Penal e artigo 7º da Lei nº 9.613/98):

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VALORES. LICITUDE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À RESTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PERDA DE BENS EM FAVOR DA UNIÃO. EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO.

1. A ausência de certeza da licitude do dinheiro do ora Recorrente, que restou apreendido por ocasião de sua prisão em flagrante, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, afasta a configuração do seu direito líquido e certo, demandando, pois, necessariamente, dilação probatória, inadmissível no âmbito do remédio heróico.

2. A perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito automático da condenação (art. 91, II, do Código Penal), sendo dispensável sua expressa declaração na sentença condenatória.

3. Recurso desprovido.

(STJ - RMS 18.053/SP, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 16.5.2005, p. 369)

Dispõe o parágrafo único do referido artigo 130 que:

Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado:

I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;

II - Omissis.

Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.

Os denunciados teriam operado no Brasil sob a fachada de empresas de câmbio e turismo com o escopo de praticar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e lavagem de dinheiro.

Trata-se de inquirição complexa, envolvendo o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, com o apoio do Departamento de Segurança Interno (DHS) de Newark, do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Interpol e da Procuradoria dos EUA (AUSA).

A liberação antecipada dos bens somente teria lugar na hipótese em que houvesse a comprovação prévia, cabal e inequívoca da licitude da origem dos valores pagos pelo bem e da boa-fé do embargante, evidenciando-se a total desvinculação com os fatos em apuração na aludida ação penal.

Observe-se que a prova documental coligida em nada favorece à procedência do pedido, deixando dúvidas acerca da boa-fé do embargante na negociação em comento.

A peça acusatória foi ofertada em 05 de dezembro de 2005 (reproduzida às folhas 276/352), mas as investigações tiveram início antes, veiculando fatos que datam do ano de 1998 a 2002. (fls. 282 e 284).

Apesar de o registro da alienação do imóvel ter ocorrido em 24 de janeiro de 2003 (fl. 229 vº) e a determinação judicial para que os bens de propriedade de CRISTIANA MARINI RODRIGUES DA CUNHA BRITO tenha sido em 17 de abril de 2007 (fl. 272), infere-se que o apelante possui parentesco com a investigada, sem, no entanto, ter declinado o grau em nenhuma oportunidade, de onde resultam indícios que SÉRGIO AUGUSTO poderia, em tese, ter ciência do desenvolvimento das investigações.

Dos documentos encartados às folhas 230/233, depreende-se que os rendimentos do apelante (tributáveis ou não) discrepam do valor do imóvel adquirido, mostrando-se duvidoso o caráter da negociação empreendida.

É patente a ausência de elementos suficientes para afastar prefacialmente, todavia em caráter definitivo, os indícios da ciência do embargante em relação as atividades ilícitas que vem sendo objeto de investigação na ação penal em vislumbre.

Mostrando-se duvidoso o caráter da negociação empreendida e a boa-fé do embargante, a manutenção da medida ainda se mostra necessária até o julgamento final da lide penal.

Com tais considerações NEGO PROVIMENTO ao recurso.

É o voto." (fls. 391/392 e 394/396-grifei)

Infere-se que o sequestro se justificaria em razão da eventual aquisição do bem com proventos da infração. Por outro lado, não obstante a compra do imóvel pela acusada tenha ocorrido, em 1996, e os fatos delitivos imputados datarem do ano de 1998 a 2002, tais circunstâncias não foram ponderadas pelo acórdão recorrido. Note-se que a situação dos autos demanda reapreciação de questão atinente à valoração da prova. Viável a espécie recursal, pois se distingue do mero reexame probatório, como leciona Ada Pellegrini Grinover, verbis:

"Exemplo dessa distinção, no primeiro caso, pode ser encontrado em julgado do STJ, a respeito da decisão de pronúncia, na qual ficou assentada a admissibilidade do recurso especial pela má valoração da prova negativa da materialidade do delito, diante das regras dos artigos 158 e 162 do CPP, e, ao mesmo tempo, a inadmissibilidade do mesmo recurso para deslinde da controvertida prova de autoria (REsp. 3.829-RJ, RSTJ 21/324): "O erro sobre

critérios de apreciação de prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial" (STJ, RT 725/531).

Quanto à indubitosa existência de quaestiones iuris atinentes à qualificação jurídica de certos fatos, bastaria lembrar as hipóteses em que se debate o correto enquadramento de uma conduta, cuja existência e características já ficaram claramente assentados pela prova. Veja-se, a propósito, a discussão jurisprudencial a respeito da configuração de roubo ou furto (arts. 155 e 157 CP) nos casos da denominada "trombada" (RT 562/357, 547/376, 582/347, 604/360 etc.)." (in Recurso no Processo Penal, Ada Pellegrini Frinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 201/202)

No caso, não foi analisado relevante fundamento da apelação, de aquisição do bem pela ré antes da suposta perpetração dos fatos delituosos, que, em tese, poderia indicar sua origem lícita e ensejar a aplicação do artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, o qual estabelece que "O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem. Assim, considero viável a admissão do recurso interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, porquanto a interpretação da Turma julgadora quanto ao dispositivo legal em comento demonstra, num primeiro momento, contornos de contrariedade.

Constatada a plausibilidade do recurso no tocante a um dos aspectos questionados, apresenta-se dispensável o exame do restante em sede de mero juízo de admissibilidade recursal, conforme a exegese do disposto nas súmulas nº 292 e 528 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, **ADMITO** o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00011 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0011959-83.2007.4.03.6181/SP
2007.61.81.011959-2/SP

APELANTE : SERGIO AUGUSTO CHAVES MARINI

ADVOGADO : PAULO FREITAS RIBEIRO e outro

APELADO : Justica Publica

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto por Sérgio Augusto Chaves Marini, com fulcro no artigo 102, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação interposta contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal em São Paulo que determinou o sobrestamento dos embargos de terceiro até o trânsito em julgado do decisum a ser proferido nos autos da ação penal nº 2006.61.81.008742-2.

Alega-se:

- violação do artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Carta Magna;
- cerceamento de defesa, pois o recorrente teve seu bem imóvel arrestado nos autos nº 2006.61.81.011397-4 sem que lhe fosse dada vista dos autos;
- ofensa ao princípio da isonomia, porquanto foi deferido o pleito do Parquet de acesso ao feito.

Contrarrazões ministeriais às fls. 497/501 vº, nas quais se sustenta a inadmissibilidade do recurso ou o desprovimento, em razão de inexistência da repercussão geral, ofensa reflexa à norma constitucional e necessidade de reexame fático.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DECISÃO DE SOBRESTAMENTO NOS EMBARGOS ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NA AÇÃO PENAL EM QUE A VENDEDORA DO IMÓVEL É INVESTIGADA. ARTIGO 130, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPP. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DÚVIDAS QUANTO A

ONEROSIDADE E A BOA-FÉ DO EMBARGANTE NO NEGÓCIO. PERDIMENTO É EFEITO DA CONDENAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *Pode ser negada vista dos autos criminais em que se processa medida constritiva que poderia ser frustrada pelo investigado ou por terceiros.*
2. *Ainda que houvesse cerceamento de defesa, ele só poderia causar a nulidade de atos posteriores, não da constrição liminar concedida inaudita altera pars.*
3. *A liberação antecipada dos bens somente teria lugar na hipótese em que houvesse a comprovação prévia, cabal e inequívoca da licitude da origem dos valores pagos pelo bem e da boa-fé do embargante, evidenciando-se a total desvinculação com os fatos em apuração na aludida ação penal.*
4. *Mostrando-se duvidoso o caráter da negociação empreendida e a boa-fé do embargante, a manutenção da medida ainda se mostra necessária até o julgamento final da lide penal.*
5. *Recurso a que se nega provimento. (fl. 397)*

Os embargos declaratórios foram julgados nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL EM PERÍODO ANTERIOR ÀS CONDUTAS IMPUTADAS NA DENÚNCIA. ANÁLISE PERTINENTE À AÇÃO PENAL. DATA DE AQUISIÇÃO DO IMÓVEL APRECIADA. OMISSÃO INEXISTENTE. EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO.

1. *A análise de ser ou não o bem sequestrado oriundo de proventos resultantes do ato ilícito deve ser feita por ocasião do julgamento da ação penal, momento em que se aferirá a prática ou não da conduta delituosa e sua extensão.*
2. *A questão referente à aquisição do imóvel pelo embargante ter ocorrido em 2002, antes, portanto, da propositura da ação penal, foi devidamente apreciada pelo acórdão embargado.*
3. *O aresto apreciou a matéria posta nos autos e, ao prover o recurso do Ministério Público Federal, condenar os denunciados e declarar, de ofício, extinta a punibilidade, julgou prejudicado o recurso de apelação interposto pela defesa que objetivava a alteração do fundamento legal da absolvição, do inciso V para os incisos III e IV do Código de Processo Penal.*
4. *No sistema processual vigente, os embargos de declaração não são o meio adequado à substituição da orientação dada pelo julgador, mas tão-somente de sua integração, sendo que a sua utilização com o fim de prequestionamento pressupõe o preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal.*
7. *Caracterizado o caráter infringente dos embargos declaratórios quando se pretende a rediscussão de temas já devidamente apreciados no acórdão embargado.*
8. *Não tendo sido demonstrado o vício supostamente existente no acórdão, que não apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar, revelam-se improcedentes os embargos.*
9. *Embargos de declaração rejeitados. (fls. 440/441)*

O acórdão não apreciou o alegado cerceamento de defesa. Cingiu-se a afirmar que, ainda que houvesse, só resultaria em nulidade de atos posteriores à constrição liminar concedida inaudita altera parte (fl. 394). Destarte, revela-se ausente o prequestionamento, pois nos embargos declaratórios o recorrente limitou-se a apontar omissões quanto à análise documental dos autos, os quais evidenciariam sua boa fé, à origem lícita do bem e à não participação nos fatos delitivos. Não se referiu aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e isonomia, de modo que incidem à espécie as Súmulas nº 282 e 356 do S.T.F.. Ademais, a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, exigente no que tange aos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, firmou-se no sentido de que: "**A alegação de contrariedade à Constituição deve ser necessária, indispensável. Não é necessária a arguição de princípio constitucional genérico e abrangente, quando a lei ordinária contém disposição particular sobre a matéria. *Se para provar a contrariedade à Constituição tem-se antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso*" (RE nº 94.264-SP, rel. Décio Miranda, RTJ 94/462 -grifei).**

Da leitura dos argumentos apresentados nas razões recursais verifica-se que as discussões versadas no presente recurso extraordinário não dizem respeito a uma violação direta aos mencionados dispositivos da Constituição da República, mas meramente reflexa, pois sua configuração depende da resolução de questões anteriores, reguladas por lei federal, conforme já asseverou o C. S.T.F., consoante ilustra o seguinte julgado:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DO SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. CONSTITUCIONALIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. INCIDÊNCIA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, LV, E 93, IX, DA CF. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência desta Corte reconhece a constitucionalidade da Contribuição Social do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em regra, não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário. IV - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da Constituição, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. V - Agravo regimental improvido.

(AI-AgR 727542, RICARDO LEWANDOWSKI, STF-grifei)

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00012 HABEAS CORPUS Nº 0038689-79.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.038689-4/SP

IMPETRANTE : HACKEL MALUF
PACIENTE : HACKEL MALUF
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS DA ROSA
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 2008.61.05.001673-8 1 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto por **HACKEL MALUF**, com fundamento no artigo 102, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Órgão Especial deste Tribunal, que, à unanimidade, rejeitou as preliminares de coisa julgada e de prescrição da pretensão punitiva, bem como denegou a ordem.

Alega-se, em síntese:

- a) violação do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, vez que não foi reconhecida a ocorrência de coisa julgada;
- b) deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva;
- c) há repercussão geral.

Contrarrrazões ministeriais, às fls. 226/231, nas quais se requereu, em suma, o não conhecimento do recurso ou o desprovemento por inexistência de demonstração da repercussão geral, ausência de prequestionamento, necessidade de reexame do conjunto fático-probatório e ausência das invocadas violações à Constituição Federal.

DECIDO.

O recorrente arguiu a repercussão geral do tema, cuja ocorrência concreta caberá ao Supremo Tribunal Federal dizer.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO PENDENTES DE JULGAMENTO. FATOS NOVOS. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. *HABEAS CORPUS objetivando o trancamento de ação penal que apura a prática do crime tributário, ao argumento de que seu conteúdo é idêntico, em todos os aspectos, a ação penal anterior, onde o paciente restou absolvido.*
2. *Exceção de coisa julgada, julgada parcialmente procedente, sendo que desta decisão a acusação e a defesa interpuseram recurso em sentido estrito, pendentes de julgamento.*
3. *A decisão que determinou o prosseguimento da combatida ação penal, levou em consideração o evidente prejuízo que tal medida traria.*
5. *A ação penal combatida, em decorrência do julgamento parcialmente procedente da exceção de coisa julgada, diz respeito, unicamente, aos fatos classificados no inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva, que a princípio não foi objeto do processo findo.*
6. *Prescrição da pretensão punitiva não configurada.*
7. *Ordem denegada.*

Destaco, ainda, o seguinte trecho do voto:

Por derradeiro, a prescrição da pretensão punitiva, ao contrário do que alega o impetrante, não se consumou. A pena máxima em abstrato prevista para o crime do artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90 é de 5 anos de reclusão, que, ao teor do artigo 109, inciso III, do Código Penal, prescreve em 12 anos - lapso que não decorreu, tendo em vista que a constituição do crédito tributário de deu no ano de 2005 e a denúncia foi recebida em 2008.

Aduz-se contrariedade ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, além de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Da leitura do acórdão e do trecho do voto transcritos verifica-se que foi enfrentada e afastada a tese

de coisa julgada, ao fundamento de serem diversos os objetos das ações apontadas como idênticas. Da mesma forma, a prescrição foi rechaçada em razão da data de constituição definitiva do crédito tributário. Assim, não se revela plausível a pretensão de que o C. S.T.F. reexamine as alegações. O recorrente ataca, na verdade, o julgado recorrido quanto a seus pressupostos fático-probatórios. Não comportam apreciação no recurso extraordinário por incidirem em reexame de prova, o que é vedado a teor da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. A eventual nova valoração viabiliza-se à vista de potencial contradição na apreciação da prova ou desprezo sem contrapartida racional suficiente, como exemplo, a dúvida séria e fundada sobre o juízo da perfectibilidade do auto de corpo de delito, (in Resp nº 3828/RJ-Rel.: Min. Edson Vidigal).

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso extraordinário.

Dê-se ciência.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

Expediente Nro 7295/2010

DIVISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RCED

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0004369-53.2002.4.03.6109/SP

2002.61.09.004369-6/SP

APELANTE : DACIO LEOPOLDO MEYER GIOMETTI

: HELIO CARLOS MEYER GIOMETTI

ADVOGADO : GERALDO LUIZ DENARDI e outro

APELADO : Justica Publica

DECISÃO

Recurso especial interposto por Dácio Leopoldo Meyer Giometti e Helio Carlos Meyer Giometti, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, contra v. acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Alega-se que os recorrentes:

- a) deveriam ser condenados ao mínimo legal, uma vez reconhecida a prescrição parcial;
- b) são tecnicamente primários;
- c) encontravam-se em dificuldades financeiras.

Contrarrrazões ministeriais às fls. 752/760, nas quais se requereu o desprovimento do recurso e a declaração da extinção da punibilidade do delito.

Decido.

A certidão de fl. 686 consigna que a sentença transitou em julgado para o Parquet. O acórdão recorrido deu parcial provimento à apelação para declarar a extinção da punibilidade do delito pela prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos fatos praticados no período de julho de 1994 a julho de 1996 e nos meses de dezembro de 1998 a março de 1999.

A decisão condenatória (fl. 668) foi publicada, em 31.08.06, cuja pena foi fixada em 02 (dois) anos para ambos os réus, excluído o acréscimo de 06 (seis) meses relativos à continuidade delitiva (fls. 663/665). Pela regra do artigo 109, inciso V, do Código Penal, o prazo prescricional é de 04 (quatro) anos. Deve ser contado da sentença condenatória recorrível, já que é causa interruptiva da prescrição, *ex vi* do artigo 117, inciso IV, do Código Penal. O acórdão que mantém ou diminui a pena não obsta o fluxo do prazo prescricional. Assim, entre 31.08.06 e o presente ocorreu a extinção da punibilidade pela prescrição *in concreto* (art. 110, § 1º, do Código Penal).

Ante o exposto, declaro extinta a punibilidade pela prescrição *in concreto* de Dácio Leopoldo Meyer Giometti e Helio Carlos Meyer Giometti, com base nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso V, e 110, § 1º, todos do Código Penal. Em consequência, julgo prejudicado o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001785-15.2007.4.03.6181/SP
2007.61.81.001785-0/SP

APELANTE : MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA reu preso
ADVOGADO : MARLON ANTONIO FONTANA e outro
APELANTE : IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ reu preso
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
APELANTE : JELVANI CORREA reu preso
ADVOGADO : JANIO URBANO MARINHO JUNIOR (Int.Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int.Pessoal)
CODINOME : JELVANE CORREA reu preso
APELANTE : JOSIMAR MAURICIO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : ROBSON APARECIDO DO AMARAL KUBLICKAS e outro
APELANTE : Justica Publica
APELADO : IVAN ROAS PORTUGAL
ADVOGADO : MANOEL JOSÉ SARAIVA e outro
APELADO : PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
NÃO OFERECIDA DENÚNCIA : ADEILZA RIBEIRO DE SOUZA
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Recurso especial interposto por Jelvani Correa, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal e Lei n. 8038/90, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência, negou provimento aos recursos dos réus e deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público para decretar o perdimento do veículo utilizado para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, condenar MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; JELVANE CORREA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN ROAS PORTUGAL às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06 e JOSIMAR MAURICIO DA SILVA às penas

de 08 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 800 dias multa, como incurso nas penas previstas no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Alega-se, em síntese:

- a) negativa de vigência dos artigos 17 e 59 do Código Penal e 33, 35 e 40, inciso I da Lei 11343/06;
- b) a simples participação de estrangeiros em organização criminosa não é suficiente para caracterizar a transnacionalidade, razão pela qual a Justiça federal é incompetente para apreciar e julgar o presente feito;
- c) a interceptação telefônica realizada é nula porque "gerada e fundamentada" em procedimento de infiltração policial, do qual não há cópia nos autos, tampouco foi dada ciência à defesa;
- d) houve crime impossível, já que a conduta foi induzida pela autoridade policial infiltrada;
- e) a pena de multa deve ser reduzida para 850 dias-multa;
- f) anulado o feito *ab initio*, deve ser concedida a liberdade provisória ao recorrente em razão do excesso de prazo.

Os embargos de declaração opostos por Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Martin Taboada Ramirez foram rejeitados (fls. 1922/1928).

Recurso especial reiterado (fl. 1952).

Contrarrrazões apresentadas às fls. 1955/1980vº, nas quais o órgão ministerial sustenta a inadmissibilidade do recurso, em razão da incidência da Súmula 07 do STJ, e, quanto ao mérito, requer o não provimento.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSO PENAL - - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PRELIMINAR REJEITADA - PROVAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS PLENAMENTE VALIDAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DESCRITO NO ARTIGO 37, DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CRIME IMPOSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - INTERNACIONALIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO AMPLAMENTE DEMONSTRADA - TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - AUSÊNCIA DE PROVAS - § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - ARTIGO 41, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - artigo 44, LEI 11.343/06 - CONSTITUCIONALIDADE - VEÍCULO UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO DELITO - PERDIMENTO DECRETADO - RECURSO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

1. A existência de estrangeiros, não residentes no país, na composição da organização voltada para a prática do delito de tráfico de entorpecentes, além de seu envolvimento no próprio delito de tráfico ilícito de entorpecentes, com a interceptação de diversas mensagens e conversações em língua estrangeira, demonstram claramente a internacionalidade do delito descrito no artigo 35, da Lei 11.343/06, do que decorre a competência da Justiça Federal para julgar o presente feito.

2. Da leitura da decisão autorizadora das interceptações telefônicas se pode perceber que tal gravame se fez necessário pela notícia da existência de uma organização criminosa em plena atividade de traficância, não sendo possível a obtenção de provas dos fatos por outros meios.

3. A autoria e a materialidade dos delitos restam amplamente demonstradas através do Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 11/38), do Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 39/42), dos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 43,44/45), do Laudo de Constatação (fls. 49), do Laudo de Exame Químico Toxicológico (fls. 138/139), da Lista de Passageiros Embarcados (fls. 157/164), das Fotos Digitalizadas (fls. 165/173), das diversas Transcrições de Conversações Telefônicas e Mensagens de Texto Interceptadas com Autorização Judicial (fls. 191/247, 249/321, 367/486), do Ofício e Declaração de Concubinato Registrada na Comarca de Itai (fls. 350/353), do Laudo de Exame em CDs e Tradução de Diálogos (fls.358/362), dos Laudos de Exame em Aparelhos de Telefonia Celular (fls.713/716, 717/721), do Laudo de Exame em Veículo Automotor (fls. 729/735, 743/749) e pelos depoimentos prestados.

4. Incabível a desclassificação da conduta da ré Maria Elvia para a descrita no artigo 37, da Lei 11.343/06, uma vez que, ao contrário do que alega a defesa, a ré não se comportou como mera informante ou colaboradora, mas sim como principal arquiteta das ações desencadeadas para a formação da organização e para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como exaustivamente comprovado pelos depoimentos prestados pelos policiais participantes das diligências e pelas diversas conversações interceptadas, onde se percebe uma intensa negociação orquestrada pela apelante.

5. O caráter internacional da associação composta por Jelvane e Maria Elvia resta cristalino pelo teor de diversas conversações, muitas delas em língua estrangeira, onde se percebe as tratativas para o tráfico internacional, bem como em conversações em que Maria Elvia cuida dos interesses de um cidadão peruano, seu companheiro, preso no Brasil por tráfico internacional de entorpecentes.

6. Ainda que as negociações para a compra da substância entorpecente tenham sido simuladas por agentes policiais, os apelados Maria Elvia e Jelvane adquiriram disponibilidade sobre a droga antes que ela fosse entregue, fato que já se encontra tipificado no artigo 33, da Lei 11.343, nos verbos ter em depósito, guardar ou transportar.
7. Com efeito, o delito já se encontrava consumado, e a droga continuaria sob a disponibilidade dos apelados mesmo que ambos desistissem de vender a droga ao agente infiltrado, fato que ocorreu com "Sobrino", nos termos do interrogatório de Maria Elvia, e que esteve prestes a ocorrer no caso em tela, como se depreende das diversas mensagens de texto interceptadas e transcritas nos autos.
8. Em que pesem as alegações de Jelvane, no sentido de que teria se dirigido à Manaus com o fim de adquirir equipamentos eletrônicos, tais alegações que não restaram comprovadas por quaisquer elementos de prova, por outro lado, verifica-se pelo teor das diversas interceptações telefônicas trazidas aos autos (fls. 191/247, 249/321, 367/486) que o apelante se dedicava exclusivamente às atividades de traficância e, assim que foi contactado, dirigiu-se à Maria Elvia para que disponibilizasse a droga, o que denota a existência de uma associação anterior à proposta de compra realizada em São Paulo, sendo irrelevante que a compra tenha sido proposta por um policial infiltrado.
9. Depreende-se dos autos que os apelados desenvolveram intensas negociações para a entrega da droga, incluindo diversas conversações telefônicas, em língua portuguesa e espanhola, além de uma reunião pessoal, onde estavam presentes Maria Elvia, Jelvane, Ivan Martin e Ivan Roas, do que se pode facilmente inferir a existência da affectio societatis anterior ao cometimento do delito de tráfico.
10. Outrossim, os laços de família e nacionalidade existentes entre Ivan Martin Taboada Ramirez, Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Roas Portugal, que denotam uma comunhão de interesses, até mesmo porque agiam juntos no Brasil, associados ao comparecimento de Ivan Martins e Ivan Roas à reunião anterior à entrega da droga e à presença dos três apelados no momento da entrega da droga demonstram, sem eiva de dúvidas, que formavam uma associação de agentes, voltadas para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.
11. O artigo 40, da Lei 11.343/06 determina, literalmente, que a causa de aumento incidirá sobre os delitos previstos nos artigos 33 a 37 do mesmo diploma legal, quando o delito for cometido nas circunstâncias descritas em seus incisos, entre elas, a transnacionalidade do delito.
12. O conjunto probatório produzido no feito demonstra que a apelante Maria Elvia, de forma estável ou não, integra organização criminosa, o que impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pela vedação legal constante do próprio dispositivo.
13. Tampouco incide a causa de diminuição de pena prevista no artigo 41, da Lei 11.343/06, uma vez que, como já exposto, a ré Maria Elvia cercou-se de subterfúgios, tentando diminuir sua responsabilidade penal, bem como tentou afastar a responsabilidade de alguns co-autores do delito, restando inaplicável a presente causa de diminuição.
14. Não antevejo qualquer inconstitucionalidade nas normas previstas no art. 44 ou no § 4º do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, até porque qualquer legislador ordinário estabelecer as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos, de tal sorte que as restrições legais em comento não são incompatíveis com a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal).
15. O veículo Fiat Uno, placas CEI-8010/SP, deverá ser objeto de perdimento, nos termos do artigo 243, parágrafo único da Constituição Federal, uma vez que foi utilizado como instrumento para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e, inclusive, possui compartimentos adredes em seu interior (fotos de fls. 168/172), utilizados para a ocultação da substância entorpecente.
16. Recurso da acusação parcialmente provido. Recurso da defesa improvido.

O recorrente sustenta a não comprovação da transnacionalidade do delito, a implicar incompetência da Justiça federal para apreciar e julgar o feito, crime impossível por induzimento pela ação de agente policial infiltrado, além de nulidade das provas obtidas. Verifica-se, portanto, que as alegações trazidas no recurso demandam a análise do conjunto probatório acostado aos autos. Na verdade, o recorrente pretende o reexame do feito e de seu conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, na conformidade do que dispõe o Enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

O recorrente sustenta ainda a alegação de desproporcionalidade da pena de multa aplicada e necessidade de sua redução. No que tange à individualização e dosimetria das penas, em regra, não se admite a reavaliação das circunstâncias judiciais em sede de recurso especial por implicar, igualmente, o reexame da prova dos autos. O colendo Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido de que apenas nas hipóteses de flagrante erro ou ilegalidade ocorridos na dosimetria da pena, pode-se reexaminar o *decisum*. Nesse sentido:

" PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO QUE NÃO COMBATEU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DOSIMETRIA . MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo de instrumento, infirmar especificamente os fundamentos expostos na decisão agravada. Incidência do enunciado 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.
2. Não há ofensa ao artigo 619 do Código de Processo Penal diante da rejeição dos aclaratórios em virtude da ausência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. Com efeito, o Juiz não está obrigado,

segundo precedentes jurisprudenciais, a responder a todas as alegações das partes, quando já encontrou motivos suficientes para motivar a decisão.

3. A análise de afronta ao artigo 59 do Código Penal demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência vedada ante o óbice do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.

4. Agravo Regimental improvido."

(AgRg no Ag 799.099/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 16/02/2009 - grifo nosso)

"RECURSO ESPECIAL. **pena** L. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N.º 7 DO STJ. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS **pena** S. ARTIGO 59 DO CPP. FIXAÇÃO. **pena** -BASE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A análise da tese da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, suscitada pelos recorrentes, demandaria um reexame do conjunto fático-probatório, o que não é admissível nesta via, em consonância com o enunciado contido na Súmula 7 desta Corte.

2. **O posicionamento adotado por esta Corte é no sentido de que a pena s nas hipóteses de flagrante erro ou ilegalidade ocorridos na dosimetria da pena , com violação ao artigo 59, do Código Penal, pode-se reexaminar o decisum.**

3. As circunstâncias judiciais devem ser ponderadas e valoradas individualmente, com desnecessidade de menção expressa de cada uma delas, a fim de permitir às partes o conhecimento dos motivos que levaram o juiz na fixação da **pena** -base naquele patamar.

4. Recurso conhecido e desprovido." (REsp nº 470.974/RS, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, in DJ 6/6/2005).

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00003 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001785-15.2007.4.03.6181/SP

2007.61.81.001785-0/SP

APELANTE : MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA reu preso
ADVOGADO : MARLON ANTONIO FONTANA e outro
APELANTE : IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ reu preso
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
APELANTE : JELVANI CORREA reu preso
ADVOGADO : JANIO URBANO MARINHO JUNIOR (Int.Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int.Pessoal)
CODINOME : JELVANE CORREA reu preso
APELANTE : JOSIMAR MAURICIO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : ROBSON APARECIDO DO AMARAL KUBLICKAS e outro
APELANTE : Justica Publica
APELADO : IVAN ROAS PORTUGAL
ADVOGADO : MANOEL JOSÉ SARAIVA e outro
APELADO : PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
NÃO OFERECIDA : ADEILZA RIBEIRO DE SOUZA
DENÚNCIA : OS MESMOS
DECISÃO

Recurso especial interposto por Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Martin Taboada Ramirez, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal e Lei n. 8038/90, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência, negou provimento aos recursos dos réus e deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público para decretar o perdimento do veículo utilizado para o

cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, condenar MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; JELVANE CORREA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da lei 11.343/06, IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN ROAS PORTUGAL às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06 e JOSIMAR MAURICIO DA SILVA às penas de 08 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 800 dias multa, como incurso nas penas previstas no artigo 33, da Lei 11.343/06.

Alega-se, em síntese:

- a) as provas coletadas demonstram a "impossibilidade absoluta" de participação dos recorrentes no crime;
- b) dentre as interceptações telefônicas não foi registrada qualquer comunicação que os envolvesse;
- c) não houve menção aos números de celulares utilizados por eles ou a qualquer ligação telefônica entre eles e os demais acusados.

Os embargos de declaração opostos por Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Martin Taboada Ramirez foram rejeitados (fls. 1922/1928).

Recurso especial reiterado (fl. 1952).

Contrarrrazões apresentadas às fls. 1955/1980vº, nas quais o órgão ministerial sustenta a inadmissibilidade do recurso, em razão da incidência da Súmula 07 do STJ, e, quanto ao mérito, requer o não provimento.

Decido.

Presentes os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSO PENAL - - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PRELIMINAR REJEITADA - PROVAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS PLENAMENTE VALIDAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DESCRITO NO ARTIGO 37, DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CRIME IMPOSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - INTERNACIONALIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO AMPLAMENTE DEMONSTRADA - TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - AUSÊNCIA DE PROVAS - § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - ARTIGO 41, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - artigo 44, LEI 11.343/06 - CONSTITUCIONALIDADE - VEÍCULO UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO DELITO - PERDIMENTO DECRETADO - RECURSO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

1. A existência de estrangeiros, não residentes no país, na composição da organização voltada para a prática do delito de tráfico de entorpecentes, além de seu envolvimento no próprio delito de tráfico ilícito de entorpecentes, com a interceptação de diversas mensagens e conversações em língua estrangeira, demonstram claramente a internacionalidade do delito descrito no artigo 35, da Lei 11.343/06, do que decorre a competência da Justiça Federal para julgar o presente feito.

2. Da leitura da decisão autorizadora das interceptações telefônicas se pode perceber que tal gravame se fez necessário pela notícia da existência de uma organização criminosa em plena atividade de traficância, não sendo possível a obtenção de provas dos fatos por outros meios.

3. A autoria e a materialidade dos delitos restam amplamente demonstradas através do Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 11/38), do Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 39/42), dos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 43,44/45), do Laudo de Constatação (fls. 49), do Laudo de Exame Químico Toxicológico (fls. 138/139), da Lista de Passageiros Embarcados (fls. 157/164), das Fotos Digitalizadas (fls. 165/173), das diversas Transcrições de Conversações Telefônicas e Mensagens de Texto Interceptadas com Autorização Judicial (fls. 191/247, 249/321, 367/486), do Ofício e Declaração de Concubinato Registrada na Comarca de Itaí (fls. 350/353), do Laudo de Exame em CDs e Tradução de Diálogos (fls.358/362), dos Laudos de Exame em Aparelhos de Telefonia Celular (fls.713/716, 717/721), do Laudo de Exame em Veículo Automotor (fls. 729/735, 743/749) e pelos depoimentos prestados.

4. Incabível a desclassificação da conduta da ré Maria Elvia para a descrita no artigo 37, da Lei 11.343/06, uma vez que, ao contrário do que alega a defesa, a ré não se comportou como mera informante ou colaboradora, mas sim como principal arquiteta das ações desencadeadas para a formação da organização e para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como exaustivamente comprovado pelos depoimentos prestados pelos policiais participantes das diligências e pelas diversas conversações interceptadas, onde se percebe uma intensa negociação orquestrada pela apelante.
5. O caráter internacional da associação composta por Jelvane e Maria Elvia resta cristalino pelo teor de diversas conversações, muitas delas em língua estrangeira, onde se percebe as tratativas para o tráfico internacional, bem como em conversações em que Maria Elvia cuida dos interesses de um cidadão peruano, seu companheiro, preso no Brasil por tráfico internacional de entorpecentes.
6. Ainda que as negociações para a compra da substância entorpecente tenham sido simuladas por agentes policiais, os apelados Maria Elvia e Jelvane adquiriram disponibilidade sobre a droga antes que ela fosse entregue, fato que já se encontra tipificado no artigo 33, da Lei 11.343, nos verbos ter em depósito, guardar ou transportar.
7. Com efeito, o delito já se encontrava consumado, e a droga continuaria sob a disponibilidade dos apelados mesmo que ambos desistissem de vender a droga ao agente infiltrado, fato que ocorreu com "Sobrinho", nos termos do interrogatório de Maria Elvia, e que esteve prestes a ocorrer no caso em tela, como se depreende das diversas mensagens de texto interceptadas e transcritas nos autos.
8. Em que pesem as alegações de Jelvane, no sentido de que teria se dirigido à Manaus com o fim de adquirir equipamentos eletrônicos, tais alegações que não restaram comprovadas por quaisquer elementos de prova, por outro lado, verifica-se pelo teor das diversas interceptações telefônicas trazidas aos autos (fls. 191/247, 249/321, 367/486) que o apelante se dedicava exclusivamente às atividades de traficância e, assim que foi contactado, dirigiu-se à Maria Elvia para que disponibilizasse a droga, o que denota a existência de uma associação anterior à proposta de compra realizada em São Paulo, sendo irrelevante que a compra tenha sido proposta por um policial infiltrado.
9. Depreende-se dos autos que os apelados desenvolveram intensas negociações para a entrega da droga, incluindo diversas conversações telefônicas, em língua portuguesa e espanhola, além de uma reunião pessoal, onde estavam presentes Maria Elvia, Jelvane, Ivan Martin e Ivan Roas, do que se pode facilmente inferir a existência da affectio societatis anterior ao cometimento do delito de tráfico.
10. Outrossim, os laços de família e nacionalidade existentes entre Ivan Martin Taboada Ramirez, Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Roas Portugal, que denotam uma comunhão de interesses, até mesmo porque agiam juntos no Brasil, associados ao comparecimento de Ivan Martins e Ivan Roas à reunião anterior à entrega da droga e à presença dos três apelados no momento da entrega da droga demonstram, sem eiva de dúvidas, que formavam uma associação de agentes, voltadas para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.
11. O artigo 40, da Lei 11.343/06 determina, literalmente, que a causa de aumento incidirá sobre os delitos previstos nos artigos 33 a 37 do mesmo diploma legal, quando o delito for cometido nas circunstâncias descritas em seus incisos, entre elas, a transnacionalidade do delito.
12. O conjunto probatório produzido no feito demonstra que a apelante Maria Elvia, de forma estável ou não, integra organização criminosa, o que impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pela vedação legal constante do próprio dispositivo.
13. Tampouco incide a causa de diminuição de pena prevista no artigo 41, da Lei 11.343/06, uma vez que, como já exposto, a ré Maria Elvia cercou-se de subterfúgios, tentando diminuir sua responsabilidade penal, bem como tentou afastar a responsabilidade de alguns co-autores do delito, restando inaplicável a presente causa de diminuição.
14. Não antevejo qualquer inconstitucionalidade nas normas previstas no art. 44 ou no § 4º do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, até porque cabe ao legislador ordinário estabelecer as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos, de tal sorte que as restrições legais em comento não são incompatíveis com a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal).
15. O veículo Fiat Uno, placas CEI-8010/SP, deverá ser objeto de perdimento, nos termos do artigo 243, parágrafo único da Constituição Federal, uma vez que foi utilizado como instrumento para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e, inclusive, possui compartimentos adredes em seu interior (fotos de fls. 168/172), utilizados para a ocultação da substância entorpecente.
16. Recurso da acusação parcialmente provido. Recurso da defesa improvido.

O recurso não menciona a quais dispositivos de lei federal negou-se vigência e de que forma o acórdão recorrido os teria contrariado, de maneira que fica evidente a deficiência na fundamentação. Incide a Súmula nº 284 do STF, cabível para o recurso especial *in verbis*:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata expressão da controvérsia."

Ademais, verifica-se que as alegações trazidas no recurso demandam a análise do conjunto probatório acostado aos autos, já que, em síntese, sustenta-se a ausência de comprovação da efetiva participação dos recorrentes no crime. Na verdade, o recorrente pretende o reexame do feito e de seu conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, na conformidade do que dispõe o Enunciado nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001785-15.2007.4.03.6181/SP
2007.61.81.001785-0/SP

APELANTE : MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA reu preso
ADVOGADO : MARLON ANTONIO FONTANA e outro
APELANTE : IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ reu preso
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
APELANTE : JELVANI CORREA reu preso
ADVOGADO : JANIO URBANO MARINHO JUNIOR (Int.Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int.Pessoal)
CODINOME : JELVANE CORREA reu preso
APELANTE : JOSIMAR MAURICIO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : ROBSON APARECIDO DO AMARAL KUBLICKAS e outro
APELANTE : Justica Publica
APELADO : IVAN ROAS PORTUGAL
ADVOGADO : MANOEL JOSÉ SARAIVA e outro
APELADO : PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
NÃO OFERECIDA : ADEILZA RIBEIRO DE SOUZA
DENÚNCIA : OS MESMOS
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Recurso especial interposto por Ivan Roas Portugal, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal e Lei n. 8038/90, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência, negou provimento aos recursos dos réus e deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público para decretar o perdimento do veículo utilizado para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, condenar MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; JELVANE CORREA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN ROAS PORTUGAL às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06 e JOSIMAR MAURICIO DA SILVA às penas de 08 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 800 dias multa, como incurso nas penas previstas no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Alega-se, em síntese:

- negativa de vigência do artigo 31 do Código Penal;
- a denúncia e o acórdão recorrido não são claros quanto à conduta imputada ao recorrente, que foi condenado "somente pelo fato de ser peruano";
- os policiais não tinham certeza da participação do recorrente e apenas deduziram seu envolvimento em razão de sua nacionalidade;

d) ainda que o recorrente tivesse a intenção de cometer qualquer ato ilícito, em momento algum essa vontade foi exteriorizada.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 1973/1980vº, nas quais o órgão ministerial sustenta a inadmissibilidade do recurso, em razão da incidência da Súmula 07 do STJ, e, quanto ao mérito, requer o não provimento.

Decido.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSO PENAL - - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PRELIMINAR REJEITADA - PROVAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS PLENAMENTE VALIDAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DESCRITO NO ARTIGO 37, DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CRIME IMPOSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - INTERNACIONALIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO AMPLAMENTE DEMONSTRADA - TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - AUSÊNCIA DE PROVAS - § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - ARTIGO 41, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - artigo 44, LEI 11.343/06 - CONSTITUCIONALIDADE - VEÍCULO UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO DELITO - PERDIMENTO DECRETADO - RECURSO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

1. A existência de estrangeiros, não residentes no país, na composição da organização voltada para a prática do delito de tráfico de entorpecentes, além de seu envolvimento no próprio delito de tráfico ilícito de entorpecentes, com a interceptação de diversas mensagens e conversações em língua estrangeira, demonstram claramente a internacionalidade do delito descrito no artigo 35, da Lei 11.343/06, do que decorre a competência da Justiça Federal para julgar o presente feito.

2. Da leitura da decisão autorizadora das interceptações telefônicas se pode perceber que tal gravame se fez necessário pela notícia da existência de uma organização criminoso em plena atividade de traficância, não sendo possível a obtenção de provas dos fatos por outros meios.

3. A autoria e a materialidade dos delitos restam amplamente demonstradas através do Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 11/38), do Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 39/42), dos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 43,44/45), do Laudo de Constatação (fls. 49), do Laudo de Exame Químico Toxicológico (fls. 138/139), da Lista de Passageiros Embarcados (fls. 157/164), das Fotos Digitalizadas (fls. 165/173), das diversas Transcrições de Conversações Telefônicas e Mensagens de Texto Interceptadas com Autorização Judicial (fls. 191/247, 249/321, 367/486), do Ofício e Declaração de Concubinato Registrada na Comarca de Itaipava (fls. 350/353), do Laudo de Exame em CDs e Tradução de Diálogos (fls.358/362), dos Laudos de Exame em Aparelhos de Telefonia Celular (fls.713/716, 717/721), do Laudo de Exame em Veículo Automotor (fls. 729/735, 743/749) e pelos depoimentos prestados.

4. Incabível a desclassificação da conduta da ré Maria Elvia para a descrita no artigo 37, da Lei 11.343/06, uma vez que, ao contrário do que alega a defesa, a ré não se comportou como mera informante ou colaboradora, mas sim como principal arquiteta das ações desencadeadas para a formação da organização e para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como exaustivamente comprovado pelos depoimentos prestados pelos policiais participantes das diligências e pelas diversas conversações interceptadas, onde se percebe uma intensa negociação orquestrada pela apelante.

5. O caráter internacional da associação composta por Jelvane e Maria Elvia resta cristalino pelo teor de diversas conversações, muitas delas em língua estrangeira, onde se percebe as tratativas para o tráfico internacional, bem como em conversações em que Maria Elvia cuida dos interesses de um cidadão peruano, seu companheiro, preso no Brasil por tráfico internacional de entorpecentes.

6. Ainda que as negociações para a compra da substância entorpecente tenham sido simuladas por agentes policiais, os apelados Maria Elvia e Jelvane adquiriram disponibilidade sobre a droga antes que ela fosse entregue, fato que já se encontra tipificado no artigo 33, da Lei 11.343, nos verbos ter em depósito, guardar ou transportar.

7. Com efeito, o delito já se encontrava consumado, e a droga continuaria sob a disponibilidade dos apelados mesmo que ambos desistissem de vender a droga ao agente infiltrado, fato que ocorreu com "Sobrino", nos termos do interrogatório de Maria Elvia, e que esteve prestes a ocorrer no caso em tela, como se depreende das diversas mensagens de texto interceptadas e transcritas nos autos.

8. Em que pesem as alegações de Jelvane, no sentido de que teria se dirigido à Manaus com o fim de adquirir equipamentos eletrônicos, tais alegações que não restaram comprovadas por quaisquer elementos de prova, por outro lado, verifica-se pelo teor das diversas interceptações telefônicas trazidas aos autos (fls. 191/247, 249/321, 367/486) que o apelante se dedicava exclusivamente às atividades de traficância e, assim que foi contactado, dirigiu-se à Maria Elvia para que disponibilizasse a droga, o que denota a existência de uma associação anterior à proposta de compra realizada em São Paulo, sendo irrelevante que a compra tenha sido proposta por um policial infiltrado.

9. Depreende-se dos autos que os apelados desenvolveram intensas negociações para a entrega da droga, incluindo diversas conversações telefônicas, em língua portuguesa e espanhola, além de uma reunião pessoal, onde estavam

presentes Maria Elvia, Jelvane, Ivan Martin e Ivan Roas, do que se pode facilmente inferir a existência da affectio societatis anterior ao cometimento do delito de tráfico.

10. Outrossim, os laços de família e nacionalidade existentes entre Ivan Martin Taboada Ramirez, Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Roas Portugal, que denotam uma comunhão de interesses, até mesmo porque agiam juntos no Brasil, associados ao comparecimento de Ivan Martins e Ivan Roas à reunião anterior à entrega da droga e à presença dos três apelados no momento da entrega da droga demonstram, sem eiva de dúvidas, que formavam uma associação de agentes, voltadas para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

11. O artigo 40, da Lei 11.343/06 determina, literalmente, que a causa de aumento incidirá sobre os delitos previstos nos artigos 33 a 37 do mesmo diploma legal, quando o delito for cometido nas circunstâncias descritas em seus incisos, entre elas, a transnacionalidade do delito.

12. O conjunto probatório produzido no feito demonstra que a apelante Maria Elvia, de forma estável ou não, integra organização criminosa, o que impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pela vedação legal constante do próprio dispositivo.

13. Tampouco incide a causa de diminuição de pena prevista no artigo 41, da Lei 11.343/06, uma vez que, como já exposto, a ré Maria Elvia cercou-se de subterfúgios, tentando diminuir sua responsabilidade penal, bem como tentou afastar a responsabilidade de alguns co-autores do delito, restando inaplicável a presente causa de diminuição.

14. Não antevejo qualquer inconstitucionalidade nas normas previstas no art. 44 ou no § 4º do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, até porque cabe ao legislador ordinário estabelecer as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos, de tal sorte que as restrições legais em comento não são incompatíveis com a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal).

15. O veículo Fiat Uno, placas CEI-8010/SP, deverá ser objeto de perdimento, nos termos do artigo 243, parágrafo único da Constituição Federal, uma vez que foi utilizado como instrumento para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e, inclusive, possui compartimentos adredes em seu interior (fotos de fls. 168/172), utilizados para a ocultação da substância entorpecente.

16. Recurso da acusação parcialmente provido. Recurso da defesa improvido.

Verifico que o recurso de fls. 1833/1847 foi interposto, em 10.05.2010, todavia o recorrente não o ratificou após o julgamento, em 19.06.2010 (fl. 1928), dos embargos de declaração opostos por Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Martin Taboada Ramirez. Inequívoca, portanto, sua intempestividade, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DE ESGOTADA A INSTÂNCIA ORDINÁRIA. EXTEMPORANEIDADE. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. I - Segundo bem anotou o Subprocurador-Geral da República, "quanto à alegada correlação ao julgado dessa colenda Corte Especial referente ao julgamento do AgRg nos Embargos de Divergência n. 492.461, verifica-se a diversidade de situações, tendo em vista que quando do referido julgamento foi firmado o entendimento no sentido de considerar **tempestivo** o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico, situação diversa da dos autos que trata de hipótese de interposição de recurso especial antes do exaurimento das instâncias ordinárias" (fls. 327/328). II - Demais disso, na assentada de 18 de abril p.p. a eg. Corte Especial, quando do julgamento do REsp n. 776.265/SC, confirmou o entendimento de que "os **embargos de declaração** interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor **embargos de declaração**, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a via eleita." **III - É in tempestivo, pois, o recurso especial, não-ratificado, interposto antes de esgotada a instância ordinária.** IV - Aplicação da Súmula n. 168/STJ, na espécie. V - Agravo regimental improvido. (AERESP 200602252315, FRANCISCO FALCÃO, STJ - CORTE ESPECIAL, 18/12/2008-grifei)

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00005 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001785-15.2007.4.03.6181/SP

2007.61.81.001785-0/SP

APELANTE : MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA reu preso

ADVOGADO : MARLON ANTONIO FONTANA e outro

APELANTE : IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ reu preso

ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
APELANTE : JELVANI CORREA reu preso
ADVOGADO : JANIO URBANO MARINHO JUNIOR (Int.Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int.Pessoal)
CODINOME : JELVANE CORREA reu preso
APELANTE : JOSIMAR MAURICIO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : ROBSON APARECIDO DO AMARAL KUBLICKAS e outro
APELANTE : Justica Publica
APELADO : IVAN ROAS PORTUGAL
ADVOGADO : MANOEL JOSÉ SARAIVA e outro
APELADO : PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ
ADVOGADO : JOSE DORIVAL TESSER e outro
NÃO OFERECIDA
DENÚNCIA : ADEILZA RIBEIRO DE SOUZA
APELADO : OS MESMOS
DECISÃO

Recurso especial interposto por Maria Elvia Pires Garzon Saavedra, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal e Lei n. 8038/90, contra acórdão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência, negou provimento aos recursos dos réus e deu parcial provimento ao apelo do Ministério Público para decretar o perdimento do veículo utilizado para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, condenar MARIA ELVIA PIRES GARZON SAAVEDRA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; JELVANE CORREA às penas de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN MARTIN TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; IVAN ROAS PORTUGAL às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06; PEDRO MIGUEL TABOADA RAMIREZ às penas de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1616 (mil seiscentos e dezesseis) dias multa como incurso nas penas previstas nos artigos 33 e 35, este último combinado com o inciso I do artigo 40, todos da Lei 11.343/06 e JOSIMAR MAURICIO DA SILVA às penas de 08 (oito) anos de reclusão, mais o pagamento de 800 dias multa, como incurso nas penas previstas no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Alega-se, em síntese:

- a) negativa de vigência dos artigos 33, caput e §4º, 35, 37 e 41 da Lei n. 11.343/06, 31 e 65, inciso III, letra "d", do Código Penal;
- b) a conduta da recorrente não se enquadra em nenhum dos verbos previstos no artigo 33 da Lei n. 11.343/06;
- c) ocorreram apenas atos preparatórios impuníveis;
- d) "se esperassem mais um pouco (os policiais) verificariam que o recorrente não participaria do ato";
- e) a recorrente jamais teve a posse das drogas encontradas no veículo dirigido por Josimar e tampouco praticou conduta que pudesse ser tipificada em qualquer dos artigos questionados;
- f) não há comprovação de sua participação nos fatos descritos na denúncia ou de qualquer conduta típica criminosa por ela praticada;
- g) não há prova da internacionalidade do crime, razão pela qual não podem incidir os artigos 35 e 41, inciso I, da Lei 11.343/06;
- h) caso seja mantido o entendimento de participação da recorrente na conduta criminosa, pleiteia-se a classificação da conduta no artigo 37 da Lei n. 11.343/06;
- i) cabível, *in casu*, as reduções previstas nos artigos 33, §4º, e 41 da Lei n. 11.343/06 e 65, inciso III, letra d, do Código Penal.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 1981/1998º, nas quais o órgão ministerial sustenta a inadmissibilidade do recurso, em razão da incidência da Súmula 07 do STJ e, quanto ao mérito, requer o não provimento.

Decido.

A ementa do acórdão recorrido está assim redigida:

PENAL - PROCESSO PENAL - - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - LEI 11.343/2006 - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - PRELIMINAR REJEITADA - PROVAS DECORRENTES DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS PLENAMENTE VALIDAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO AMPLAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DESCRITO NO ARTIGO 37, DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE - CRIME IMPOSSÍVEL - INOCORRÊNCIA - INTERNACIONALIDADE DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO AMPLAMENTE DEMONSTRADA - TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - AUSÊNCIA DE PROVAS - § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - ARTIGO 41, DA LEI 11.343/06 - INAPLICÁVEL - artigo 44, LEI 11.343/06 - CONSTITUCIONALIDADE - VEÍCULO UTILIZADO PARA A PRÁTICA DO DELITO - PERDIMENTO DECRETADO - RECURSO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO.

- 1. A existência de estrangeiros, não residentes no país, na composição da organização voltada para a prática do delito de tráfico de entorpecentes, além de seu envolvimento no próprio delito de tráfico ilícito de entorpecentes, com a interceptação de diversas mensagens e conversações em língua estrangeira, demonstram claramente a internacionalidade do delito descrito no artigo 35, da Lei 11.343/06, do que decorre a competência da Justiça Federal para julgar o presente feito.*
- 2. Da leitura da decisão autorizadora das interceptações telefônicas se pode perceber que tal gravame se fez necessário pela notícia da existência de uma organização criminoso em plena atividade de traficância, não sendo possível a obtenção de provas dos fatos por outros meios.*
- 3. A autoria e a materialidade dos delitos restam amplamente demonstradas através do Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 11/38), do Boletim de Ocorrência de Autoria Conhecida (fls. 39/42), dos Autos de Exibição e Apreensão (fls. 43,44/45), do Laudo de Constatação (fls. 49), do Laudo de Exame Químico Toxicológico (fls. 138/139), da Lista de Passageiros Embarcados (fls. 157/164), das Fotos Digitalizadas (fls. 165/173), das diversas Transcrições de Conversações Telefônicas e Mensagens de Texto Interceptadas com Autorização Judicial (fls. 191/247, 249/321, 367/486), do Ofício e Declaração de Concubinato Registrada na Comarca de Itaí (fls. 350/353), do Laudo de Exame em CDs e Tradução de Diálogos (fls.358/362), dos Laudos de Exame em Aparelhos de Telefonia Celular (fls.713/716, 717/721), do Laudo de Exame em Veículo Automotor (fls. 729/735, 743/749) e pelos depoimentos prestados.*
- 4. Incabível a desclassificação da conduta da ré Maria Elvia para a descrita no artigo 37, da Lei 11.343/06, uma vez que, ao contrário do que alega a defesa, a ré não se comportou como mera informante ou colaboradora, mas sim como principal arquiteta das ações desencadeadas para a formação da organização e para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como exaustivamente comprovado pelos depoimentos prestados pelos policiais participantes das diligências e pelas diversas conversações interceptadas, onde se percebe uma intensa negociação orquestrada pela apelante.*
- 5. O caráter internacional da associação composta por Jelvane e Maria Elvia resta cristalino pelo teor de diversas conversações, muitas delas em língua estrangeira, onde se percebe as tratativas para o tráfico internacional, bem como em conversações em que Maria Elvia cuida dos interesses de um cidadão peruano, seu companheiro, preso no Brasil por tráfico internacional de entorpecentes.*
- 6. Ainda que as negociações para a compra da substância entorpecente tenham sido simuladas por agentes policiais, os apelados Maria Elvia e Jelvane adquiriram disponibilidade sobre a droga antes que ela fosse entregue, fato que já se encontra tipificado no artigo 33, da Lei 11.343, nos verbos ter em depósito, guardar ou transportar.*
- 7. Com efeito, o delito já se encontrava consumado, e a droga continuaria sob a disponibilidade dos apelados mesmo que ambos desistissem de vender a droga ao agente infiltrado, fato que ocorreu com "Sobrino", nos termos do interrogatório de Maria Elvia, e que esteve prestes a ocorrer no caso em tela, como se depreende das diversas mensagens de texto interceptadas e transcritas nos autos.*
- 8. Em que pese as alegações de Jelvane, no sentido de que teria se dirigido à Manaus com o fim de adquirir equipamentos eletrônicos, tais alegações que não restaram comprovadas por quaisquer elementos de prova, por outro lado, verifica-se pelo teor das diversas interceptações telefônicas trazidas aos autos (fls. 191/247, 249/321, 367/486) que o apelante se dedicava exclusivamente às atividades de traficância e, assim que foi contatado, dirigiu-se à Maria Elvia para que disponibilizasse a droga, o que denota a existência de uma associação anterior à proposta de compra realizada em São Paulo, sendo irrelevante que a compra tenha sido proposta por um policial infiltrado.*
- 9. Depreende-se dos autos que os apelados desenvolveram intensas negociações para a entrega da droga, incluindo diversas conversações telefônicas, em língua portuguesa e espanhola, além de uma reunião pessoal, onde estavam presentes Maria Elvia, Jelvane, Ivan Martin e Ivan Roas, do que se pode facilmente inferir a existência da affectio societatis anterior ao cometimento do delito de tráfico.*
- 10. Outrossim, os laços de família e nacionalidade existentes entre Ivan Martin Taboada Ramirez, Pedro Miguel Taboada Ramirez e Ivan Roas Portugal, que denotam uma comunhão de interesses, até mesmo porque agiam juntos no Brasil, associados ao comparecimento de Ivan Martins e Ivan Roas à reunião anterior à entrega da droga e à presença dos três apelados no momento da entrega da droga demonstram, sem eiva de dúvidas, que formavam uma associação de agentes, voltadas para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.*
- 11. O artigo 40, da Lei 11.343/06 determina, literalmente, que a causa de aumento incidirá sobre os delitos previstos nos artigos 33 a 37 do mesmo diploma legal, quando o delito for cometido nas circunstâncias descritas em seus incisos, entre elas, a transnacionalidade do delito.*

12. O conjunto probatório produzido no feito demonstra que a apelante Maria Elvia, de forma estável ou não, integra organização criminosa, o que impossibilita a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pela vedação legal constante do próprio dispositivo.
13. Tampouco incide a causa de diminuição de pena prevista no artigo 41, da Lei 11.343/06, uma vez que, como já exposto, a ré Maria Elvia cercou-se de subterfúgios, tentando diminuir sua responsabilidade penal, bem como tentou afastar a responsabilidade de alguns co-autores do delito, restando inaplicável a presente causa de diminuição.
14. Não antevejo qualquer inconstitucionalidade nas normas previstas no art. 44 ou no § 4º do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, até porque cabe ao legislador ordinário estabelecer as hipóteses de substituição das penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos, de tal sorte que as restrições legais em comento não são incompatíveis com a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal).
15. O veículo Fiat Uno, placas CEI-8010/SP, deverá ser objeto de perdimento, nos termos do artigo 243, parágrafo único da Constituição Federal, uma vez que foi utilizado como instrumento para o cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e, inclusive, possui compartimentos adredes em seu interior (fotos de fls. 168/172), utilizados para a ocultação da substância entorpecente.
16. Recurso da acusação parcialmente provido. Recurso da defesa improvido.

A recorrente alega ofensa aos artigos 33, caput e §4º, 35, 37 e 41 da Lei n. 11.343/06, 31 e 65, inciso III, letra "d", do Código Penal. Sustenta, em síntese, a não comprovação de sua participação no crime, a atipicidade de sua conduta e, caso seja mantida a condenação, pleiteia a reclassificação e a incidência de atenuantes e benefícios legais.

Verifico que o recurso de fls. 1848/1864 foi interposto, em 10.05.2010, todavia a recorrente não o ratificou após o julgamento, em 19.06.2010 (fl. 1928), dos embargos de declaração opostos por Pedro Miguel Taboada Ramrez e Ivan Martin Taboada Ramirez. Inequívoca, portanto, sua intempestividade, *verbis*:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DE ESGOTADA A INSTÂNCIA ORDINÁRIA. EXTEMPORANEIDADE. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. I - Segundo bem anotou o Subprocurador-Geral da República, "quanto à alegada correlação ao julgado dessa colenda Corte Especial referente ao julgamento do AgRg nos Embargos de Divergência n. 492.461, verifica-se a diversidade de situações, tendo em vista que quando do referido julgamento foi firmado o entendimento no sentido de considerar **tempestivo** o recurso interposto antes da publicação da decisão no veículo oficial, diante da atual sistemática de publicidade das decisões, monocráticas ou colegiadas, divulgadas por meio eletrônico, situação diversa da dos autos que trata de hipótese de interposição de recurso especial antes do exaurimento das instâncias ordinárias" (fls. 327/328). II - Demais disso, na assentada de 18 de abril p.p. a eg. Corte Especial, quando do julgamento do REsp n. 776.265/SC, confirmou o entendimento de que "os **embargos de declaração** interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor **embargos de declaração**, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente, a fim de viabilizar a via eleita." **III - É in tempestivo, pois, o recurso especial, não-ratificado, interposto antes de esgotada a instância ordinária.** IV - Aplicação da Súmula n. 168/STJ, na espécie. V - Agravo regimental improvido. (AERESP 200602252315, FRANCISCO FALCÃO, STJ - CORTE ESPECIAL, 18/12/2008-grifei)*

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00006 RECURSO ESPECIAL EM ACR Nº 0006393-22.2008.4.03.6181/SP
2008.61.81.006393-1/SP

APELANTE : JOSE DE FREITAS BARBOSA reu preso
ADVOGADO : JOAO NEY DOS SANTOS RICCO
APELANTE : MARCIO LINO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : JACQUELYNE GARCIA VIDOTTO DA CUNHA
: RODRIGO D DELLA LIBERA
APELANTE : Justica Publica
APELADO : OS MESMOS

PETIÇÃO : RESP 2010162302
RECTE : JOSE DE FREITAS BARBOSA
DECISÃO

Recurso especial interposto por José de Freitas Barbosa, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra v. acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento à sua apelação e manteve a condenação como incurso nas penas de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão para o crime de tráfico internacional de entorpecentes e 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o delito de associação para o tráfico, em regime inicial fechado, e 1200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Alega-se violação ao artigo 381, inciso III, do Código Penal, c.c. o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, visto que o acórdão não fundamentou a condenação quanto à autoria do delito, à aquisição da droga na Bolívia, bem como à dosimetria da pena.

Contrarrazões, às fls. 1204/1215. Sustenta-se o não cabimento do recurso, à vista da pretensão de simples reexame de provas e, se cabível, seu não provimento.

Decido.

Presentes pressupostos genéricos do recurso.

A ementa do acórdão está redigida, *verbis*:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ARTS. 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/06 - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE - VALIDADE - APENSAMENTO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - LAUDOS PERICIAIS - ACESSO AOS AUTOS PELA DEFESA - DEGRAVAÇÃO E TRANSCRIÇÃO INTEGRAL - DESNECESSIDADE - TESTEMUNHOS DE POLICIAIS - ART. 202 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADES AFASTADAS - COMPROVAÇÃO DO DELITO - ERRO DE TIPO - NÃO RECONHECIMENTO - EXCESSO DE PRAZO AFASTADO - INTERNACIONALIDADE COMPROVADA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - RÉU INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUE SE DEDICA À PRÁTICA ILÍCITA - IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DOS RÉUS - PROVIMENTO DO RECURSO DA JUSTIÇA PÚBLICA.

- 1.- Em sede de investigação de crime de tráfico de entorpecentes, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria.*
- 2.- A interceptação telefônica foi apensada ao presente feito antes do recebimento da denúncia e a defesa foi intimada para manifestação, dando-lhe oportunidade para o exercício de defesa sobre o conteúdo das conversas que estão gravadas em disco compacto e que sempre ficou disponível às partes.*
- 3.- Os áudios foram periciados e a defesa teve oportunidade de se manifestar sobre os Laudos Periciais, razão pela qual não há nulidade por cerceamento de defesa.*
- 4. Não constitui nulidade a falta de transcrição integral das conversas telefônicas, bastando que se faça o necessário à elucidação dos fatos, conforme dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes.*
- 5.- Os policiais civis e militares não estão proibidos de depor sobre atos de ofício nos processos, de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício das funções. Validade dos testemunhos policiais. Aplicação do art. 202 do Código de Processo Penal.*
- 6.- Provas materiais e testemunhais que comprovam a participação dos réus no cometimento do delito.*
- 7.- No que diz com a alegação de excesso de prazo, a par da superação da matéria com a prolação de sentença, verifico como inócua, considerando-se que a prisão em flagrante foi efetuada em 04 de abril de 2008 e o término da instrução processual deu-se em 21 de outubro de 2008, havendo razoabilidade do prazo despendido, sobretudo porque necessário ao esclarecimento dos fatos, com procedimento investigatório complexo para a elucidação das condutas de cada um dos investigados.*
- 8.- Originando-se a droga do exterior, incide a majorante prevista na Lei nº 11.343/06.*
- 9.- Não há erro de tipo, porquanto a conduta imputada ao acusado é de consciência da ilicitude e comprovação de dolo. As interceptações telefônicas estão a demonstrar que o réu tinha conhecimento da droga que transportava, participando do tráfico internacional de entorpecentes. Os diálogos transcritos foram objeto da manifestação ministerial e foram submetidos a exame pericial comprovando que a fala é do acusado, restando comprovada também a associação delitativa, conforme desponta dos diálogos transcritos.*
- 10.- Os elementos coletados nos autos demonstram que o acusado Márcio se dedica à prática criminosa de tráfico de entorpecentes, o que restou revelado pelas interceptações telefônicas, bem como que servia de motorista de transporte para carga com substância entorpecente em grandes quantidades, estabelecendo contatos de negócios com os interessados em exercer o tráfico, mediante recompensa em dinheiro. Tal fator externa maior censurabilidade e*

nocividade da conduta, facilitadora da disseminação de grande volume de drogas na sociedade, merecendo apenação mais rigorosa para aquele que, de maneira estável e duradoura, se prontifica a realizar qualquer ato direcionado ao tráfico, com vistas à obtenção de lucro na prática delitiva. Desponta como necessária apenação com mais rigor, o que se alcança afastando-se a causa de diminuição prevista na lei, por inaplicável.

11.- Improvimento dos recursos interpostos pelos réus. Provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no art.33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantida, no mais, a sentença.

Cumpra assinalar a inviabilidade da pretensão de reforma do julgado sob o fundamento de suposta violação de dispositivo constitucional, visto exigir análise manifestamente incabível em sede de recurso especial. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a discussão sobre preceitos da Lei Maior é de competência da Suprema Corte. Confira-se:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INATIVOS - ALEGADA VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA CF/88 - ACÓRDÃO LASTREADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.

1. É inviável a análise do recurso especial quando o acórdão recorrido decidiu a questão com base em fundamentação eminentemente constitucional.

2. A competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se a matéria infraconstitucional. A discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte. Assim, inviável o exame do pleito da recorrente, sob pena de se analisar matéria cuja competência está afeta à Excelsa Corte, ex vi do artigo 102 da Constituição Federal.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 960.314/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 04/02/2009 - grifos nossos)

Em relação à alegação de ofensa ao artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal por ausência de fundamentação para o decreto condenatório no tocante à autoria, à aquisição da droga na Bolívia e à dosimetria da pena, o acórdão assenta:

"No que diz com a comprovação do delito em relação a José de Freitas Barbosa farta é a prova acusatória, razão pela qual a sentença condenatória deve ser mantida. As investigações revelaram que o réu obteve a droga na Bolívia e orquestrou o transporte para comercialização e disseminação em outros estados da federação, contratando a mão de obra do motorista Marcio Lino. Apurou-se que Marcio Lino, durante a viagem, trouxe como acompanhante Jucimara Santos da Silva que, provavelmente, não tinha conhecimento do transporte da substância entorpecente despistada na carroceria da carga de ferro. Esclareceu essa testemunha que ela e Marcio foram abordados quando se dirigiam a Mogi das Cruzes/SP e que no pátio do Departamento de Polícia acompanhou a diligência realizada no caminhão, onde os policiais retiraram do tanque de combustível do veículo 41 (quarenta e um) tabletes de cocaína que ali se encontravam escondidos, confirmando que seu amásio estava transportando cocaína no caminhão a mando do traficante José de Freitas Barbosa, proprietário da droga, o qual saiu da cidade de Corumbá/MS e pretendia se encontrar com Marcio na cidade de São Paulo, onde ambos iriam descarregar a droga, antes que se desse o descarregamento da carga de ferro que tinha como destino a cidade de Mogi das Cruzes (fls. 10/11).

Por outro lado, os depoimentos testemunhais colhidos bem apontam a responsabilidade do réu pela prática delitiva, tal como acertadamente reconhecido na sentença.

A dosimetria da pena veio assim fundamentada (fls. 927, verso):

"(...) As circunstâncias em que praticado o delito denotam gravidade e sério envolvimento com a prática ilícita, seja levando-se em consideração a quantidade da droga (39,722 quilogramas), sua natureza (cocaína) e modo pelo qual era esta transportada. No que tange ao crime de associação, verifique-se que era o acusado quem dirigia a empreitada criminosa".

Reconhecendo desfavoráveis as circunstâncias, o juiz fixou a pena de tráfico em oito anos de reclusão e a pena pela associação em quatro anos de reclusão, incidindo a causa de aumento pela internacionalidade em um sexto, comprovada a internacionalidade do delito, pelo porte de droga oriunda da Bolívia, restando as penas fixadas em nove anos e quatro meses de reclusão e quatro anos e oito meses de reclusão, respectivamente, totalizando 14 (catorze) anos de reclusão para ambos os crimes, apenamento que merece ser mantido, porquanto conforme com a prática criminosa. Inaplicável a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, diante das provas coletadas e do revelado nas interceptações telefônicas, que demonstram reiteração na prática delitiva, tornando-se o modo de vida do acusado José de Freitas.

Portanto, merece improvimento o recurso interposto por José de Freitas Barbosa."

Verifica-se que não há plausibilidade na alegação de violação ao artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal, pois se a decisão acolhe tese contrária à sustentada pelo recorrente, daí decorre, logicamente, que não restou adotada a sua.

Outrossim, nesta via, para que haja interesse em recorrer não basta a *mera sucumbência* como ocorre nos demais recursos ordinários. É necessário que haja efetivamente uma questão de direito federal, pois o especial não se presta a examinar a justiça da decisão, mas a solucionar controvérsia acerca da interpretação das normas federais. Desse modo,

o mero inconformismo em relação à decisão ora impugnada não autoriza a abertura da via extraordinária. A respeito da questão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"CRIMINAL. RHC. ENTORPECENTES. VENDA DE MEDICAMENTO CONTROLADO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE SEM A APRESENTAÇÃO E RETENÇÃO DE RECEITA MÉDICA. NULIDADE. OMISSÃO DA SENTENÇA QUANTOS À TESE DA DEFESA RELACIONADA À TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. INOCORRÊNCIA. DECRETO CONDENATÓRIO QUE REFUTOU AS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO.

RECURSO DESPROVIDO.

(omissis)

Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, a tese da defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar o crime narrado na denúncia e sua autoria.

Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário.

Recurso desprovido." (RHC nº 12842/PR, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJU de 29/09/2003)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. SENTENÇA. NULIDADE. NÃO APRECIÇÃO DE TESE DA DEFESA. ILICITUDE DE PROVAS.

I - A sentença que, ao acolher a tese da acusação, contém satisfatória menção aos fundamentos de fato e de direito a ensejar o decreto condenatório, não é nula, apenas pelo fato de não se referir explicitamente à tese da defesa, mormente se, pela sentença condenatória, restou claro que o Juiz adotou posicionamento contrário. (Precedentes).

(Omissis)

Writ denegado." (HC nº 34618/SP, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 13/12/2004)

Veja-se também: HC nº 10.438/SP, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJU de 21/02/2000; HC nº 39.376/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJU de 01/07/2005; REsp nº 823.056/PR, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJU de 20/11/2006; REsp nº 755.323/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJU de 27/11/2006; todos no sentido de não ser nula a sentença, apenas por não se referir explicitamente à tese da defesa.

Ante o exposto, **não admito** o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00007 RECURSO ESPECIAL EM ACR Nº 0006393-22.2008.4.03.6181/SP

2008.61.81.006393-1/SP

APELANTE : JOSE DE FREITAS BARBOSA reu preso

ADVOGADO : JOAO NEY DOS SANTOS RICCO

APELANTE : MARCIO LINO DA SILVA reu preso

ADVOGADO : JACQUELYNE GARCIA VIDOTTO DA CUNHA

: RODRIGO D DELLA LIBERA

APELANTE : Justica Publica

APELADO : OS MESMOS

PETIÇÃO : RESP 2010161880

RECTE : MARCIO LINO DA SILVA

DECISÃO

Recurso especial interposto por Marcio Lino da Silva, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra v. acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento à sua apelação e deu provimento à do Ministério Público para afastar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2010, fixadas as penas em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão para o crime de tráfico internacional de entorpecentes e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão para o delito de associação para o tráfico, mantida, no mais, a sentença.

Alega-se que:

- a) o réu tem direito à redução do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, visto que é primário e de bons antecedentes;
- b) o crime de associação para o tráfico não restou caracterizado nos autos, uma vez não demonstrado o vínculo associativo e a predisposição para a prática reiterada de delitos. Também houve divergência jurisprudencial quanto ao tema.

Contrarrazões, às fls. 1204/1215. Sustenta-se o não cabimento do recurso, à vista da pretensão de simples reexame de provas e, se cabível, seu não provimento.

Decido.

Presentes pressupostos genéricos do recurso.

A ementa do acórdão está redigida, *verbis*:

PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ARTS. 33 E 35, DA LEI Nº 11.343/06 - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE - VALIDADE - APENSAMENTO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - LAUDOS PERICIAIS - ACESSO AOS AUTOS PELA DEFESA - DEGRAVAÇÃO E TRANSCRIÇÃO INTEGRAL - DESNECESSIDADE - TESTEMUNHOS DE POLICIAIS - ART. 202 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - NULIDADES AFASTADAS - COMPROVAÇÃO DO DELITO - ERRO DE TIPO - NÃO RECONHECIMENTO - EXCESSO DE PRAZO AFASTADO - INTERNACIONALIDADE COMPROVADA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 - INAPLICABILIDADE - RÉU INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUE SE DEDICA À PRÁTICA ILÍCITA - IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DOS RÉUS - PROVIMENTO DO RECURSO DA JUSTIÇA PÚBLICA.

1.- Em sede de investigação de crime de tráfico de entorpecentes, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria.

2.- A interceptação telefônica foi apensada ao presente feito antes do recebimento da denúncia e a defesa foi intimada para manifestação, dando-lhe oportunidade para o exercício de defesa sobre o conteúdo das conversas que estão gravadas em disco compacto e que sempre ficou disponível às partes.

3.- Os áudios foram periciados e a defesa teve oportunidade de se manifestar sobre os Laudos Periciais, razão pela qual não há nulidade por cerceamento de defesa.

4. Não constitui nulidade a falta de transcrição integral das conversas telefônicas, bastando que se faça o necessário à elucidação dos fatos, conforme dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes.

5.- Os policiais civis e militares não estão proibidos de depor sobre atos de ofício nos processos, de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício das funções. Validade dos testemunhos policiais. Aplicação do art. 202 do Código de Processo Penal.

6.- Provas materiais e testemunhais que comprovam a participação dos réus no cometimento do delito.

7.- No que diz com a alegação de excesso de prazo, a par da superação da matéria com a prolação de sentença, verifico como inócua, considerando-se que a prisão em flagrante foi efetuada em 04 de abril de 2008 e o término da instrução processual deu-se em 21 de outubro de 2008, havendo razoabilidade do prazo despendido, sobretudo porque necessário ao esclarecimento dos fatos, com procedimento investigatório complexo para a elucidação das condutas de cada um dos investigados.

8.- Originando-se a droga do exterior, incide a majorante prevista na Lei nº 11.343/06.

9.- Não há erro de tipo, porquanto a conduta imputada ao acusado é de consciência da ilicitude e comprovação de dolo. As interceptações telefônicas estão a demonstrar que o réu tinha conhecimento da droga que transportava, participando do tráfico internacional de entorpecentes. Os diálogos transcritos foram objeto da manifestação ministerial e foram submetidos a exame pericial comprovando que a fala é do acusado, restando comprovada também a associação delitiva, conforme desponta dos diálogos transcritos.

10.- Os elementos coletados nos autos demonstram que o acusado Márcio se dedica à prática criminosa de tráfico de entorpecentes, o que restou revelado pelas interceptações telefônicas, bem como que servia de motorista de transporte para carga com substância entorpecente em grandes quantidades, estabelecendo contatos de negócios com os interessados em exercer o tráfico, mediante recompensa em dinheiro. Tal fator externa maior censurabilidade e nocividade da conduta, facilitadora da disseminação de grande volume de drogas na sociedade, merecendo apenação mais rigorosa para aquele que, de maneira estável e duradoura, se prontifica a realizar qualquer ato direcionado ao tráfico, com vistas à obtenção de lucro na prática delitiva. Desponta como necessária apenação com mais rigor, o que se alcança afastando-se a causa de diminuição prevista na lei, por inaplicável.

11.- Improvimento dos recursos interpostos pelos réus. Provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no art.33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantida, no mais, a sentença.

Sob o fundamento de negativa de vigência à lei federal, a recorrente pleiteia a reforma do acórdão para que seja aplicada a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. A norma em questão foi introduzida

na nova Lei de Drogas, que, ao prever a redução da pena de um sexto a dois terços, visa beneficiar o pequeno traficante que preencha os requisitos nela previstos. O disposto na última parte do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 estabelece que o réu, para se beneficiar da causa de diminuição de pena, além de ser primário e de bons antecedentes, não pode integrar organização criminosa ou dedicar-se a atividades criminosas. O Tribunal, soberano na análise de provas, reformou a sentença nessa parte e decidiu ser inaplicável a referida causa de diminuição pelos seguintes argumentos *in verbis*:

"A causa de diminuição é prevista para agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Cabe consignar que a própria sentença (fls. 926) considerou a existência de vínculo permanente entre Marcio e José, "retratado nos vários contatos pessoais e telefônicos mantidos entre ambos, durante meses, (...)"

Os elementos coletados nos autos demonstram que o acusado se dedica à prática criminosa de tráfico de entorpecentes, o que restou revelado pelas interceptações telefônicas, bem como que servia de motorista de transporte para carga com substância entorpecente em grandes quantidades, estabelecendo contatos de negócios com os interessados em exercer o tráfico, mediante recompensa em dinheiro. Tal fator externa maior censurabilidade e nocividade da conduta, facilitadora da disseminação de grande volume de drogas na sociedade, merecendo apenação mais rigorosa para aquele que, de maneira estável e duradoura, se prontifica a realizar qualquer ato direcionado ao tráfico, com vistas à obtenção de lucro na prática delitiva.

É o caso dos autos, despontando como necessária apenação com mais rigor, o que se alcança afastando-se a causa de diminuição prevista na lei, por inaplicável."

Logo, inverter-se a conclusão a que chegou esta corte regional, de que o réu não preenchia os requisitos para a concessão do benefício, implicaria incursão no universo fático-probatório, com a necessária reapreciação da prova, procedimento vedado pelo enunciado da **Súmula nº 07** do Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito à hipótese constitucional prevista na **alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal**, cumpre salientar que o colendo Superior Tribunal de Justiça exige a adequada **comprovação e demonstração** da alegada divergência, mediante a observância dos seguintes requisitos: "a) o acórdão paradigma deve ter enfrentado os mesmos dispositivos legais que o acórdão recorrido (...); b) o acórdão paradigma, de tribunal diverso (Súmulas 13, do STJ e 369, do STF), deve ter esgotado a instância ordinária (...); c) a divergência deve ser demonstrada de forma analítica, evidenciando a dissensão jurisprudencial sobre teses jurídicas decorrentes dos mesmos artigos de lei, sendo insuficiente a mera indicação de ementas (...); d) a discrepância deve ser comprovada por certidão, cópia autenticada ou citação de repositório de jurisprudência oficial ou credenciado; e) a divergência tem de ser atual, não sendo cabível recurso quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula 83, do STJ); f) o acórdão paradigma deverá evidenciar identidade jurídica com a decisão recorrida, sendo impróprio invocar precedentes inespecíficos e carentes de similitude fática com o acórdão hostilizado". (in: Resp 644274, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 28.03.2007)

Na espécie, o recorrente não demonstra o alegado dissenso pretoriano com o cotejo analítico entre eventuais teses tidas por divergentes por intermédio de indicação das circunstâncias que pudessem identificar ou assemelhar os casos confrontados, providência essa imprescindível para que se evidenciasse, de forma indubitosa, o dissídio. Não basta, para tanto, a mera transcrição de trechos do acórdão paradigma e a juntada da íntegra dos acórdãos, conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

Súmula 211/STJ.

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

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

5. Agravo regimental improvido.

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

"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSÍDIO INVOCADO. OMISSÃO ALEGADA QUANTO A NÃO APRECIÇÃO DE ARESTO PARADIGMA QUE DEVE SER AFASTADA. MANUTENÇÃO DO DECISUM AGRAVADO.

1 - A divergência jurisprudencial invocada deve ser demonstrada nos moldes da orientação preconizada pelo artigo 266, § 1º, em harmonia com o art. 255 e §§, todos do RISTJ, visto que estes exigem o cotejo analítico das teses dissidentes, não se aperfeiçoando pela simples transcrição de ementas semelhantes à hipótese dos autos.

2 - Inocorrência de omissão quanto à análise do REsp nº 3.346-0/PR, apresentado para confronto, eis que foi explicitamente referido pelo Relator. 3 - Agravo regimental improvido." (AgRgEREsp 147.833/DF, Relator Ministro José Delgado, Corte Especial, in DJ 17/12/99 - nossos os grifos).

Ante o exposto, **não admito** o recurso especial.

Dê-se ciência.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

Expediente Nro 7322/2010

DIVISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RCED

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 DOCUMENTOS EM AC Nº 0005266-77.1999.4.03.6112/SP

1999.61.12.005266-8/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete

APELANTE : EDIVALDO PINAFFI PAGUI e outro

: FATIMA CORAZZA ZANATA PAGUI

ADVOGADO : MAYCON ROBERT DA SILVA

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : HENRIQUE CHAGAS e outro

APELADO : OS MESMOS

PETIÇÃO : DOC 2010001041

RECTE : EDIVALDO PINAFFI PAGUI

DECISÃO

Renúncia ao direito sobre que se funda a ação por Edivaldo Pinaffi Pagui e outra (fls. 694/696), com a extinção do processo, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil, porquanto efetuaram acordo extrajudicial.

Decido.

A renúncia é manifestada pelo advogado com o acordo dos renunciantes (fl. 695). A renúncia a direito sobre que se funda a ação implica a desistência do recurso excepcional interposto pela ausência superveniente do interesse em recorrer. Ante o exposto, **homologo a renúncia ao direito sobre que se funda a ação e a desistência do recurso**

especial interposto por Edivaldo Pinaffi Pagui e outra, para extingui-la com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código do Processo Civil e determino a remessa dos autos ao juízo a quo.

Condene os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, consoante o disposto nos artigos 20, §4º, e 26, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00002 MANIFESTAÇÃO EM MS Nº 0032623-30.2002.4.03.0000/SP
2002.03.00.032623-4/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
IMPETRANTE : MANOEL DA SILVEIRA
ADVOGADO : MANOEL DA SILVEIRA
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
INTERESSADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE PAULO NEVES
PETIÇÃO : MAN 2010000607
RECTE : MANOEL DA SILVEIRA
No. ORIG. : 2001.61.11.002224-0 3 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Manoel da Silveira interpôs reclamação contra decisão da Vice-Presidência que julgou deserto o recurso ordinário por ausência de preparo, endereçada ao Excelentíssimo Presidente desta corte. Deveria ter sido proposta no Superior Tribunal de Justiça e dirigida ao seu Presidente, nos termos do artigo 187 do RISTJ.

Traslade-se cópia da r. decisão de fl. 313 para os autos do Agravo de Instrumento n.º 2010.03.00.0008348.
Publique-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00003 DESISTENCIA EM AC Nº 0026662-83.1998.4.03.6100/SP
2003.03.99.026120-6/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
APELANTE : ALFREDO BARREIROS DOS SANTOS e outro
: SANDRA REGINA MORAES CARNEIRO DOS SANTOS
ADVOGADO : MARCIO BERNARDES
: JOAO BOSCO BRITO DA LUZ
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SANDRA ROSA BUSTELLI e outro
APELADO : OS MESMOS
PETIÇÃO : DESI 2010057792
RECTE : ALFREDO BARREIROS DOS SANTOS
No. ORIG. : 98.00.26662-3 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Renúncia ao direito sobre que se funda a ação por Alfredo Barreiro dos Santos e Sandra Regina Moraes Carneiro dos Santos (fl. 401), com a extinção do processo, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil, porquanto efetuaram acordo extrajudicial.

Decido.

A renúncia é manifestada pelo advogado com o acordo do coautor renunciante (fl. 401). À fl. 415 foi juntada procuração da coautora renunciante ao seu patrono com poderes expressos para renunciar ao direito sobre o que se funda a ação. A renúncia a direito sobre que se funda a ação implica a desistência dos recursos excepcionais interpostos pela ausência superveniente do interesse em recorrer. Ante o exposto, **homologo a renúncia ao direito sobre que se funda a ação e a desistência dos recursos especial e extraordinário interpostos por Alfredo Barreiro dos Santos e outra, para extingui-la com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código do Processo Civil, e determino a remessa dos autos ao juízo a quo.**

Condeno os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, consoante o disposto nos artigos 20, §4º, e 26, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00004 MANIFESTAÇÃO EM AC Nº 0001735-71.2003.4.03.6102/SP
2003.61.02.001735-4/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : S A H S I SERVICOS DE ANESTESIA SANTA ISABEL S/C LTDA
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES e outro
PETIÇÃO : MAN 2010000898
RECTE : S A H S I SERVICOS DE ANESTESIA SANTA ISABEL S/C LTDA

DESPACHO

Esclareça a Sahsi Serviços de Anestesia Santa Isabel S/C Ltda. se renuncia ao direito sobre que se funda a ação, nos termos do artigo 6º da Lei n.º 11.941/2009, bem como proceda à juntada, no prazo de 05 (cinco) dias, de procuração ao seu patrono com poderes especiais e expressos para renunciar ao direito sobre que se funda a ação, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 14 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00005 VISTA DOS AUTOS EM AC Nº 0033489-03.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.033489-9/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
APELANTE : JORGE NAKAHARA e outros
: BRAULIO PAOLOZZI
: CARLOS FERREIRA
: RICARDO EMILIO CARLETTI
ADVOGADO : CELIO RODRIGUES PEREIRA e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ROGERIO ALTOBELLI ANTUNES
PETIÇÃO : VIS 2010180540
RECTE : JORGE NAKAHARA

DESPACHO

Defiro vista dos autos fora de cartório, pelo prazo de 05 (cinco) dias, conforme requerido à fl. 240.

Publique-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002677-23.2004.4.03.6182/SP
2004.61.82.002677-9/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
APELANTE : PAULISTANA FACTORING FOMENTO COML/ LTDA
ADVOGADO : VIRGINIA SANTOS PEREIRA GUIMARAES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

DESPACHO

Esclareça Paulistana Factoring Fomento Comercial Ltda., se renuncia ao direito sobre que se funda a ação, nos termos do artigo 6º da Lei n.º 11.941/2009. Em caso positivo, proceda à juntada, no prazo de 05 (cinco) dias, de procuração ao seu patrono com poderes especiais e expressos para renunciar ao direito sobre que se funda a ação, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00007 DESISTÊNCIA EM AI Nº 0097873-68.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.097873-5/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
AGRAVANTE : MOLDMIX IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : FABIO MAIA DE FREITAS SOARES
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE BOTUCATU SP
PETIÇÃO : DESI 2010006871
RECTE : MOLDMIX IND/ E COM/ LTDA
No. ORIG. : 01.00.00097-9 A Vr BOTUCATU/SP

DESPACHO

O procurador Sergio Luiz Megid não possui poderes especiais e expressos para desistir, conforme se observa na procuração de fl. 525, de sorte que não poderia outorgá-los ao subscritor da petição de fl. 509, como o fez à fl. 526. Dessa forma, cumpra a Moldmix Indústria e Comércio Ltda., no prazo de 05 (cinco) dias, o despacho de fl. 514, mediante a regularização da procuração ao seu patrono com poderes especiais para desistir, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 14 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000184-42.2006.4.03.6105/SP
2006.61.05.000184-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RICARDO SOARES JODAS GARDEL e outro
APELADO : JOSE CARLOS COLACINO
ADVOGADO : PAULO AMERICO DE ANDRADE e outro
DECISÃO

À vista do óbito do autor, conforme noticiado, às fls. 78 e 88/91, pelo advogado Paulo Américo de Andrade, determino a suspensão do feito, a teor do artigo 265, inciso I, do Código de Processo Civil. Promova o causídico a regularização, nos termos do artigo 43, 1055 e seguintes do mesmo diploma legal, observado, inclusive o que dispõe no artigo 365, inciso IV, da lei processual.

Intime-se

São Paulo, 08 de setembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003377-52.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.003377-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal ALDA BASTO
APELANTE : ABATEDOURO DE AVES IDEAL LTDA
ADVOGADO : JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 02.00.00002-6 1 Vr CONCHAS/SP

DESPACHO

Cumpra a requerente o despacho de fl. 390, no prazo de 05 (cinco) dias, mediante a regularização da procuração ao seu patrono com poderes especiais para renunciar **ao direito sobre que se funda a ação**, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Civil, porquanto a procuração juntada à fl. 393 não outorga poderes especiais e sim genéricos.

Intime-se.

São Paulo, 15 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00010 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0009504-93.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.009504-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal ALDA BASTO
AGRAVANTE : SONOTEC ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
No. ORIG. : 2008.61.12.015134-0 4 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DESPACHO

À vista da petição de fl. 156, na qual a agravante informa que aderiu ao programa de parcelamento da Lei nº 11.941/2009, bem como do correio eletrônico de fls. 168/172, que noticia a extinção da ação principal, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil, esclareça Sonotec Eletrônica Ltda. se desiste do recurso de agravo de instrumento, a teor do disposto no artigo 501 do mesmo diploma legal.

Intime-se.

São Paulo, 15 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00011 CÓPIAS EM AI Nº 0035696-63.2009.4.03.0000/SP

2009.03.00.035696-8/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
AGRAVANTE : FREFER S/A IND/ COM/ DE FERRO E ACO
ADVOGADO : MARCELLO DE CAMARGO TEIXEIRA PANELLA e outro
: ALEXANDRE HONORE MARIE THIOLLIER FILHO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
PETIÇÃO : COPI 2010186402
RECTE : FREFER S/A IND/ COM/ DE FERRO E ACO
No. ORIG. : 2004.61.82.053488-8 6F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

A renúncia ao direito sobre que se funda a ação deve ser formulada diretamente na ação principal e não no agravo de instrumento tirado contra decisão interlocutória, razão pela qual deixo de homologá-la. Outrossim, esclareça a agravante se desiste do agravo de instrumento interposto, nos termos do artigo 501 do Código de Processo Civil.

Intime-se.

São Paulo, 14 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

Expediente Nro 7323/2010

DIVISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RCED

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0038889-23.1989.4.03.6100/SP

91.03.009162-7/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete

APELANTE : METAGAL IND/ E COM/ LTDA

ADVOGADO : GABRIEL ANTONIO SOARES FREIRE JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 89.00.38889-4 14 Vr SAO PAULO/SP

Desistência

Homologo a desistência do recurso extraordinário e do recurso especial, nos termos do artigo 501 do Código de Processo Civil.

Oportunamente, certifique-se o trânsito em julgado e remetam-se os autos ao juízo de origem.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 15 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00002 DESISTENCIA EM AC Nº 0037958-29.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.037958-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
APELANTE : SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO DA ADMINISTRACAO DE
VENDAS PROMOCOES E EVENTOS COOPERTRAB
ADVOGADO : FELIPE CASIMIRO DE FEO
: LIVIA LEAL DE FEO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
PETIÇÃO : DESI 2009251281
RECTE : SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO DA ADMINISTRACAO DE
VENDAS PROMOCOES E EVENTOS COOPERTRAB

DECISÃO

Renúncia ao direito sobre que se funda a ação por Sociedade Cooperativa de Trabalho da Administração de Vendas, Promoções e Eventos - COOPERTRAB (fls. 305, 307 e 313), com a extinção do processo, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil, porquanto aderiu ao programa de parcelamento da Lei n.º 11.941/2009.

Decido.

O advogado signatário da renúncia possui poderes específicos para renunciar (fl. 321). A renúncia a direito sobre que se funda a ação implica a desistência do recurso excepcional interposto pela ausência superveniente do interesse em recorrer. Ante o exposto, **homologo a renúncia ao direito sobre que se funda a ação e a desistência do recurso especial interposto por Sociedade Cooperativa de Trabalho da Administração de Vendas, Promoções e Eventos - COOPERTRAB, para extingui-la com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso V, do Código do Processo Civil, bem como determino a remessa dos autos ao juízo a quo.**

A isenção do pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do § 1º do artigo 6º da Lei n.º 11.941/09, é reservada ao contribuinte com ação judicial em curso que tenha como objeto o restabelecimento de sua opção ou reinclusão em outros parcelamentos, consoante decisão da Corte Especial do STJ no REsp n.º 1009559/SP, razão pela qual **condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, consoante o disposto nos artigos 20, § 4º, e 26, caput, do Código de Processo Civil.** Pedidos de providências a respeito da conversão dos depósitos existentes em renda da União e levantamento de eventual saldo remanescente deverão ser formulados no juízo de origem.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 07 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00003 RECURSO ESPECIAL EM AMS Nº 0011248-98.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.011248-2/SP

APELANTE : OSRAM DO BRASIL LAMPADAS ELETRICAS LTDA
ADVOGADO : WALDIR LUIZ BRAGA
: PLINIO JOSE MARAFON
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SIMONE APARECIDA VENCIGUERI AZEREDO
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2008196951
RECTE : OSRAM DO BRASIL LAMPADAS ELETRICAS LTDA
DECISÃO

Recurso especial interposto por **Osram do Brasil Lâmpadas Elétricas Ltda.**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformada, alega que o *decisum* viola os artigos 150, § 4º, 156, inciso VII, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 582/586.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os

prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008. " - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 03 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

Expediente Nro 7328/2010

DIVISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RCED

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 DESISTÊNCIA EM AC N° 0017613-57.1994.4.03.6100/SP

2000.03.99.009531-7/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : NOVACAO S/A CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS
ADVOGADO : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : DESI 2009237583

RECTE : NOVACAO S/A CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS

No. ORIG. : 94.00.17613-9 5 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Em razão do pedido de renúncia ao direito sobre que se funda a ação, comprove **Novação S.A. Corretora de Cambio e Valores Mobiliários**, no prazo de 10 (dez) dias, a alteração da razão social para **Novação Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.**, à vista dos documentos de fls. 360/369.

Intime-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032427-94.2006.4.03.9999/MS

2006.03.99.032427-8/MS

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

APELANTE : CIA AGRICOLA SONORA ESTANCIA

ADVOGADO : ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

No. ORIG. : 97.00.00029-2 1 Vr PEDRO GOMES/MS

DESPACHO

Em razão do pedido de renúncia ao direito sobre que se funda a ação e da juntada da petição e documentação de fls. 406/421, comprove a requerente, no prazo de 10 (dez) dias, a alteração da razão social de Companhia Agrícola Sonora Estância para Sonora Estância S.A.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 15 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

Expediente Nro 7329/2010

DIVISÃO DE RECURSOS

Seção de Procedimentos Diversos - RPOD

00001 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000730-23.1999.4.03.6112/SP

1999.61.12.000730-4/SP

APELANTE : SMMAC TERCEIRIZACOES E PARTICIPACOES S/C LTDA

: MARCIO A SPOSITO TRANSPORTES LTDA

: SERVICO EDUCACIONAIS DA ALTA PAULISTA S/C LTDA

: SMMAC VIGILANCIA E SEGURANCA ARMADA S/C LTDA

: SERVICOS DE EDUCACAO DA ALTA PAULISTA S/C LTDA

ADVOGADO : ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
DECISÃO

Recurso especial interposto por **SMMAC Terceirizações e Participações S/C Ltda. e outras**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformadas, alegam que o *decisum* viola os artigos 3º, 4º, inciso I e parágrafo único, 20, § 3º, 21, parágrafo único, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os artigos 150, § 4º, 168, incisos I e II, 173, inciso I, e 174 do Código Tributário Nacional, bem como o Código Civil, a Lei n.º 6.899/81, a Lei n.º 8.383/91 e a Constituição da República. Aduzem, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 758/763.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

Inicialmente, não obstante as alegações acerca da nulidade do acórdão recorrido, cumpre destacar a **superveniência de ausência de interesse recursal** no tocante a tal pleito, na medida em que, julgado o paradigma relativo à questão de fundo, os autos serão devolvidos à turma para retratação, hipótese em que sobrevirá novo acórdão.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Conseqüentemente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. *Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.*

9. *Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.*

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008." - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00002 RECURSO ESPECIAL EM REO Nº 0023562-08.1998.4.03.6105/SP

2000.03.99.016589-7/SP

PARTE AUTORA : COML/ REFRICAMP LTDA

ADVOGADO : ELCIO CAIO TERENCE e outros

PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP

PETIÇÃO : RESP 2010000621

RECTE : COML/ REFRICAMP LTDA

No. ORIG. : 98.00.23562-0 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Recurso especial interposto por **Comercial Refricamp Ltda.**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinzenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformada, alega que o *decisum* nega vigência aos artigos 150, § 4º, 156, inciso VII, 165, 166, 168, *caput* e inciso I, e 170 do Código Tributário Nacional, bem como ao artigo 66 da Lei n.º 8.383/91, ao artigo 39, § 4º, da Lei n.º 9.250/95 e ao artigo 20 do Código de Processo Civil. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada por outros tribunais em relação ao tema.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 292/293.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expandida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00003 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex Nº 0001813-94.2001.4.03.6115/SP
2001.61.15.001813-1/SP

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : S/A INDUSTRIAS GIOMETTI

ADVOGADO : CELSO RIZZO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO CARLOS > 15ª SJJ> SP
PETIÇÃO : RESP 2010065671
RECTE : S/A INDUSTRIAS GIOMETTI

DECISÃO

Recurso especial interposto por **Sociedade Anônima Indústrias Giometti**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal.

Inconformada, alega que o *decisum* viola os artigos 150, § 4º, e 168, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 239/243.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008." - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00004 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex Nº 0001817-34.2001.4.03.6115/SP
2001.61.15.001817-9/SP

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : CONSTRUTORA E COM/ CONSTAC LTDA e outro

: AJA S/C LTDA

ADVOGADO : CELSO RIZZO e outro

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO CARLOS > 15ª SJJ> SP

PETIÇÃO : RESP 2010065672

RECTE : CONSTRUTORA E COM/ CONSTAC LTDA

DECISÃO

Recurso especial interposto por Construtora e Comércio Constac Ltda. e outra, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal.

Inconformada, alega que o *decisum* contraria os artigos 150, § 4º, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 193/195.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Conseqüentemente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008." - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00005 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex Nº 0017359-64.2006.4.03.6100/SP
2006.61.00.017359-1/SP

APELANTE : PREL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : EDUARDO CARVALHO TESS FILHO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2010044620
RECTE : PREL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA

DECISÃO

Recurso especial interposto por **Prel Empreendimentos e Participações Ltda.**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformada, alega que o *decisum* viola o artigo 66, § 2º, da Lei n.º 8.383/91 e os artigos 150, § 4º, e 168 do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 497/503.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00006 RECURSO ESPECIAL EM AMS Nº 0009806-51.2006.4.03.6104/SP

2006.61.04.009806-3/SP

APELANTE : DISTRIBUIDORA DE VEICULOS E PECAS REGISTRO LTDA e outro

: NUNO VEL DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA

ADVOGADO : KAREN GATTAS C ANTUNES DE ANDRADE e outro

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : OS MESMOS

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE SANTOS Sec Jud SP

PETIÇÃO : RESP 2010062811

RECTE : DISTRIBUIDORA DE VEICULOS E PECAS REGISTRO LTDA

DECISÃO

Recurso especial interposto por Distribuidora de Veículos e Peças Registro Ltda., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal.

Inconformado, alega que o *decisum* viola os artigos 150, § 4º, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 746/748.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTU SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação corresponsiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008. " - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00007 RECURSO ESPECIAL EM AMS Nº 0027329-54.2007.4.03.6100/SP

2007.61.00.027329-2/SP

APELANTE : BURDEN BUSINESS COM/ DE TECNOLOGIAS PARA IMPRESSAO LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2010025887
RECTE : BURDEN BUSINESS COM/ DE TECNOLOGIAS PARA IMPRESSAO LTDA
DECISÃO

Recurso especial interposto por Burden Business Comércio de Tecnologias Para Impressão Ltda., com fundamento nas alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformado, alega que o *decisum* viola os artigos 365 e 385 do Código de Processo Civil e os artigos 142, 150, §§ 1º e 4º, 156, inciso VII, 165, inciso I, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Contrarrazões apresentadas às fls. 304/305.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTU SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Conseqüentemente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00008 RECURSO ESPECIAL EM AMS Nº 0009183-13.2008.4.03.6105/SP
2008.61.05.009183-9/SP

APELANTE : AFASA CONSTRUCOES E COM/ LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIAN FRATONI RODRIGUES e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : PATRICIA ALOUCHE NOUMAN
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
PETIÇÃO : RESP 2010044658
RECTE : AFASA CONSTRUCOES E COM/ LTDA

DECISÃO

Recurso especial interposto por AFASA Construções e Comércio Ltda., com fundamento na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformado, alega que o *decisum* viola os artigos 150, §§ 1º e 4º, 156, inciso VII, 165, inciso I, 168, inciso I, e 170-A do Código Tributário Nacional e o artigo 74 da Lei n.º 9.430/96.

Contrarrazões apresentadas às fls. 400/404.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008. - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

Expediente Nro 7332/2010

DIVISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEÇÃO DE PROCEDIMENTOS DIVERSOS - RCED

DECISÃO(ÕES) PROFERIDA(S) PELA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001198-73.2002.4.03.6114/SP

2002.61.14.001198-3/SP

APELANTE : Justica Publica

APELANTE : MARIO JOSE FRUCTUOSO CARCAMO TOMAS

ADVOGADO : ELIDE MARIA MOREIRA CAMERINI (Int.Pessoal)
APELADO : OS MESMOS
CO-REU : ANIBAL EDUARDO PEREZ LOPEZ
: EDUARDO KLEIN
: YONG SUK YUN
: VERONICA KIM

DECISÃO

Recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ministerial e negou provimento ao apelo da defesa (fl. 895).

Alega-se negativa de vigência ao artigo 72 do Código Penal, ao argumento de que, à vista de o crime continuado configurar concurso de crimes, a regra prevista nesse dispositivo legal deve ser aplicada ao caso em questão para fins de cálculo da pena de multa.

Contrarrazões à fls. 919/921, nas quais se sustenta a inadmissibilidade do recurso especial a fim de que seja mantida a decisão recorrida.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão está redigida, *verbis*:

PENAL. ART. 21, DA LEI 7492/86. TIPICIDADE RECONHECIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AGRAVANTE CONTIDA NO ART.61, II, "G", DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. MANTENÇA DO AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA.

1. Materialidade e autoria delitiva plenamente demonstrada nos autos, pelo procedimento administrativo do Banco Central do Brasil, pela prova documental e pelo depoimento das testemunhas, em consonância com os demais elementos dos autos
2. Comprovada a efetiva celebração de contratos de câmbio narrados na vestibular acusatória, e acostados aos presentes autos.
3. A alteração do contrato social de fls. 182/184 demonstra que MARIO JOSÉ FRUTUOSO CARCAMO THOMAS, já com a intenção criminosa, adquiriu cotas sociais da empresa "FADATH TURISMO E CÂMBIO LTDA.", passando a administrá-la e imediatamente a praticar os delitos descritos na denúncia.
4. As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis aos réus, razão pela qual a pena-base elevada apenas em dois meses é insuficiente para a repressão e a prevenção do delito.
6. Reconhecimento da circunstância agravante prevista no art. 61, II, "g" do Código Penal. A condição de administrador de casa de câmbio não é elementar do tipo penal previsto no artigo 21 da Lei n.º 7.492/86.
7. Mantido o aumento decorrente da continuidade delitiva.
8. Elevação da pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e a pena de multa para 40 (quarenta) dias-multa, no piso legal.
9. O artigo 72 do Código Penal regula apenas o concurso material ou formal de crimes, não os crimes continuados.
10. Mantida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.
11. Apelação ministerial parcialmente provida. Apelação defensiva desprovida.

Sob o fundamento de negativa de vigência à lei federal, o órgão ministerial pleiteia a reforma do acórdão para que a norma do artigo 72 do Código Penal seja aplicada ao caso, ao argumento de que o crime continuado configura concurso de crimes, portanto o cálculo da pena de multa deve obedecer ao critério estabelecido nesse dispositivo legal. O recurso não guarda plausibilidade, na medida em que o *decisum* está em consonância com a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INTERPOSIÇÃO DO PRIMEIRO APELO NOBRE ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO TRIBUNAL DE ORIGEM OPOSTOS PELA PARTE CONTRÁRIA. AUSÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA N.º 418 DO STJ. CRIME CONTINUADO. PENA DE MULTA. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NÃO CONHECIDO. RECUSO DEFENSIVO PROVIDO.

1. O recurso especial do Assistente de Acusação não merece ser conhecido, em razão de sua intempestividade. Com efeito, foi interposto o apelo nobre na instância de origem em 28 de março de 2005, na pendência do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Defesa e que foram publicados em 22 de abril de 2005.

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é intempestivo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios opostos na instância de origem, ainda que pela parte contrária, devendo o apelo nobre, em hipóteses como essa, ser ratificado, o que, no caso, não ocorreu.

3. **Quanto ao recurso defensivo, impende considerar que, reconhecida a hipótese de crime continuado, não incide a regra do art. 72 do Código Penal para a fixação da pena de multa, devendo ser aplicado os critérios do art. 71 desse Codex.**

4. Recurso do Assistente de Acusação não conhecido. Recurso da Defesa conhecido e provido, para redimensionar a pena pecuniária.

(REsp 858.741/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 13/09/2010 - grifo nosso)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, INCISO II, DO CP. PENA. MULTA. CRIME CONTINUADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CP. Na linha dos precedentes desta Corte, as penas de multa, em caso de crime continuado, são calculadas sem a incidência do disposto no art. 72 do Código Penal, o qual se aplica apenas aos concursos material e formal.

Recurso especial desprovido.

(REsp 905.854/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2007, DJ 03/12/2007, p. 356 - grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO DA PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. PENA. ILEGALIDADE. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CRIME CONTINUADO. GRANDE NÚMERO DE INFRAÇÕES. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. CABIMENTO. PENA DE MULTA. REDUÇÃO. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A alegação de dificuldades financeiras do recorrente como fundamento para a exclusão da culpabilidade no delito praticado é de todo vedada no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula nº 7 deste Superior Tribunal de Justiça, pois não prescindiria sua análise do reexame do conteúdo fático-probatório dos autos.

2. Não se conhece de alegações estranhas às razões da insurgência especial, eis que evidenciam vedada inovação de fundamento.

3. O quantum de pena pertinente ao crime continuado deve ser estabelecido em função de sua própria extensão, enquanto influente na determinação da menor reprovabilidade do agente, e, não, de acordo com as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.

4. **"A pena de multa, aplicada no crime continuado, escapa à norma contida no art. 72 do Código Penal." (REsp nº 68.186/DF, Relator Ministro Assis Toledo, in DJ 18/12/1995).**

5. As penas de multa, no caso de concurso de crimes, material e formal, aplicam-se cumulativamente, diversamente do que ocorre com o crime continuado, indubitoso concurso material de crimes gravado pela menor culpabilidade do agente, mas que é tratado como crime único pela lei penal vigente, como resulta da simples letra dos artigos 71 e 72 do Código Penal, à luz dos artigos 69 e 70 do mesmo diploma legal.

6. O valor do dia-multa deve ser informado pela situação econômica do réu, determinando a sua quantidade os demais elementos da individualização da resposta penal.

7. Agravo regimental parcialmente conhecido e improvido. Habeas corpus concedido de ofício.

(AgRg no REsp 607.929/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2007, DJ 25/06/2007, p. 309 - grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. APLICAÇÃO DA PENA. MULTA UNIFICADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL. "No crime continuado, não há concurso de crimes mas crime único, e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa. Precedentes do STJ e do STF." Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp 493.227/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 356 - grifo nosso)

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

Expediente Nro 7334/2010

DIVISÃO DE RECURSOS

Seção de Procedimentos Diversos - RPOD

00001 RECURSO ESPECIAL EM AC Nº 0206132-72.1992.4.03.6104/SP
95.03.014913-4/SP

APELANTE : SALVADOR FERNANDO SALVIA
ADVOGADO : RONALDO CORREA MARTINS
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
PETIÇÃO : RESP 2007270516
RECTE : SALVADOR FERNANDO SALVIA
No. ORIG. : 92.02.06132-7 4 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Recurso especial interposto por Salvador Fernando Salvia, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Suplementar da Segunda Seção desta corte, que negou provimento à apelação e manteve a decisão que indeferiu o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica relativa à incidência de IPI sobre a importação de automóvel, para uso próprio, realizada por pessoa física.

Alega-se que o *decisum* contrariou os artigos 46, 96, 98, 108, §2º e 110 do Código Tributário Nacional e o tratado GATT.

Em contrarrazões (fls. 170/173), a União sustenta, em síntese a manutenção do acórdão, porquanto julgou a lide na forma da melhor doutrina e jurisprudência.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

Discute-se nos autos a incidência de IPI sobre importação de veículo automotor realizada por pessoa física para uso próprio. Alega o recorrente que importou o produto acabado, situação que não o equipara a estabelecimento industrial, porquanto não produz ou beneficia automóveis. Essa questão foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da não-incidência da exação, porquanto o fato gerador do IPI é uma operação de natureza mercantil ou assemelhada, o que não ocorre na hipótese de importação de bem por pessoa física para uso próprio. Nesse sentido, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. IPI. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. NÃO-INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O IPI não incide sobre a importação de veículo por pessoa física para uso próprio, porquanto o seu fato gerador é uma operação de natureza mercantil ou assemelhada.
2. O princípio da não-cumulatividade restaria violado, in casu, em face da impossibilidade de compensação posterior, porquanto o particular não é contribuinte da exação.
3. Precedentes do STF e do STJ: RE-AgR 255682 / RS; Relator(a): Min. Carlos Velloso; DJ de 10/02/2006; RE-AgR 412045 / PE; Relator(a): Min. Carlos Britto; DJ de 17/11/2006 REsp 937.629/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18.09.2007, DJ 04.10.2007.
4. Recurso especial provido.
(REsp 848.339/SP, Rel. Min. Luiz Fux, v.u., j. 11.11.2008, DJe 01.12.2008).

Ante o exposto, **ADMITO O RECURSO ESPECIAL.**

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.
André Naborrete
Vice-Presidente

00002 RECURSO EXTRAORDINARIO EM AC Nº 0206132-72.1992.4.03.6104/SP
95.03.014913-4/SP

APELANTE : SALVADOR FERNANDO SALVIA
ADVOGADO : RONALDO CORREA MARTINS
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
PETIÇÃO : REX 2007270517
RECTE : SALVADOR FERNANDO SALVIA
No. ORIG. : 92.02.06132-7 4 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto por Salvador Fernando Salvia, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Suplementar da Segunda Seção desta corte, que negou provimento à apelação e manteve a decisão que indeferiu o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica relativa à incidência de IPI sobre a importação de automóvel, para uso próprio, realizada por pessoa física.

Alega-se, inicialmente, a repercussão geral da matéria sob discussão e, no mérito, o *decisum* recorrido contraria os artigos 150, inciso II, 173, §4º e 155, §3º, inciso III, da Constituição Federal.

Em contrarrazões (fls. 174/177), a União sustenta, em síntese, a manutenção do acórdão, porquanto julgou a lide na forma da melhor doutrina e jurisprudência.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

Discute-se nos autos a incidência de IPI sobre importação de veículo automotor realizada por pessoa física para uso próprio. Alega o recorrente que importou o produto acabado, situação que não o equipara a estabelecimento industrial, porquanto não produz ou beneficia automóveis. Essa questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que firmou entendimento de que é inconstitucional a exigência do IPI em importação de bem para uso próprio de pessoa física não contribuinte habitual do referido imposto, por ofensa ao princípio da não-cumulatividade, nos termos do artigo 153, §3º, inciso II, da Constituição Federal. Nesse sentido, *verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. NÃO-INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

1. Não incide o IPI sobre a importação, por pessoa física, de veículo automotor destinado ao uso próprio. Precedentes: REs 255.682-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; 412.045, da minha relatoria; e 501.773-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau.

2. Agravo regimental desprovido.

(STF - RE255090Agr/RS, Rel. Min. Ayres Brito, v.u., j. 24.08.2010, DJe 08.10.2010).(grifei)

Ante o exposto, **ADMITO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00003 RECURSO ESPECIAL EM AMS Nº 0015709-55.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.015709-5/SP

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : ARSEN KURDOGLIAN
ADVOGADO : ELIANE KURDOGLIAN e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2005011726

RECTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

DECISÃO

Recurso especial interposto pela União, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou provimento à apelação e à remessa oficial, para manter sentença que concedeu a segurança, a fim de garantir ao impetrante a isenção do IPI sobre veículo adaptado a deficiente físico, nos termos da Lei nº 8.989/95.

Alega-se que o *decisum* viola o artigo 60 da Lei nº. 9.069/95, pois a isenção pretendida pelo recorrido não deve ser analisada somente à luz da Lei nº. 8.989/95.

In albis o prazo para as contrarrazões (fl.152).

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos recursais.

A ementa do acórdão recorrido assenta:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)- AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR DEFICIENTE FÍSICO -Lei 8.989/95 - ISENÇÃO - REGULARIDADE FISCAL DE PESSOA JURÍDICA DA QUAL O BENEFICIÁRIO É SÓCIO - REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI - DESCABIMENTO.

I - Na aquisição de veículo isento de IPI por deficiente físico, nos termos da Lei nº. 8.989/95, é descabida a exigência de prévia regularização da pessoa jurídica da qual o postulante à benesse é sócio, haja vista que a lei não estabeleceu essa condição para a fruição do favor fiscal.

II - Apelação e remessa oficial desprovidas.

Da leitura das razões expendidas constata-se que a recorrente condiciona a concessão de isenção do IPI, para a aquisição de veículo automotor pelo recorrido, portador de deficiência física, à regularização da situação fiscal da pessoa jurídica da qual é sócio, nos termos do artigo 60 da Lei nº 9.069/95, que deve ser aplicada conjuntamente com a Lei nº 8.989/95. Para melhor elucidação da matéria, confira-se o dispositivo legal em comento:

"Art. 60. A concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais."

Os artigos 1º, inciso IV, e 3º da Lei nº. 8.989/95 dispõem:

"Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

(...)

IV - pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

Art. 3º A isenção será reconhecida pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, mediante prévia verificação de que o adquirente preenche os requisitos previstos nesta lei."(grifei)

É certo, porém, que a questão prevista nos dispositivos anteriormente explicitados sobre a necessidade ou não de prévia regularização da situação fiscal do postulante a isenção do IPI para aquisição de automóveis por pessoas portadoras de deficiência física, não foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a tornar admissível o recurso a fim de que exerça sua função constitucional de intérprete da legislação federal.

Ante o exposto, **ADMITO O RECURSO ESPECIAL.**

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00004 DESISTÊNCIA EM AI Nº 0096874-81.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.096874-6/SP

RELATOR : Vice-Presidente André Nabarrete
AGRAVANTE : ITA INDL/ LTDA
ADVOGADO : SIMONE MEIRA ROSELLINI
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE EMBU SP
PETIÇÃO : DESI 2010191759
RECTE : ITA INDL/ LTDA
No. ORIG. : 06.00.00107-0 A Vr EMBU/SP

Desistência

Homologo a desistência do recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo 501 do Código de Processo Civil. Prejudicado o recurso especial interposto pela União (fls. 168/175).

Oportunamente, remetam-se os autos ao juízo de origem.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 14 de novembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

00005 CAUTELAR INOMINADA Nº 0036413-41.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.036413-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal VICE PRESIDENTE
REQUERENTE : TI BRASIL IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
SUCEDIDO : MARWAL DO BRASIL LTDA
REQUERIDO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
No. ORIG. : 00097232819984036100 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por TI BRASIL IND. E COM. LTDA. Pede a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto, com fulcro no artigo 102, inciso III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Turma D - Judiciário em Dia do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que desproveu o apelo que interpôs e deu provimento ao da União Federal e à remessa oficial para reconhecer a legalidade e a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.316/96, que veda a dedução dos valores pagos a título de contribuição social sobre o lucro líquido da apuração da base de cálculo do Imposto de Renda de pessoa jurídica e da própria CSLL.

Sustenta a requerente que:

- a) a medida cautelar é cabível, a teor do artigo 800 do CPC;
- b) a questão está em debate no Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, já reconheceu a repercussão geral da matéria nos autos do Recurso Extraordinário n.º 582.525;
- c) o STF tem adotado a orientação de conferir efeito suspensivo a recursos extraordinários em situações análogas;
- e) o tema tem semelhança com a discussão sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e no julgamento do RE 240.785/MG já foram proferidos seis votos que reconhecem sua inconstitucionalidade;
- h) o *periculum in mora* está configurado, porquanto sofrerá penalidades das autoridades fiscais.

Decido.

Primeiramente, o recurso extraordinário ainda não foi processado, de modo que pende a apreciação de sua admissibilidade. Inegável o cabimento da medida cautelar, *in casu*, a teor da Súmula 634 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que a competência dos tribunais superiores para análise da medida cautelar, com objetivo de atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, somente ocorrerá após o juízo de admissibilidade do recurso pelo tribunal *a quo*.

O acórdão impugnado está assim ementado:

Não foi possível adicionar esta Tabela

Tabela não uniforme

i.e Número ou tamanho de células diferentes em cada linha

1. *É inequívoco que a contribuição social sobre o lucro, na sua própria conformação constitucional, representa a expressão material e concreta do lucro, razão pela qual seu pagamento não se equipara a despesas próprias do processo produtivo, ou seja, as denominadas operacionais, daí porque ser inviável argumentar que a Lei nº 9.316/96 violou o conceito constitucional ou legal de lucro ou renda.*
2. *A contribuição social - CSL, ao incidir sobre o lucro, vincula a natureza jurídica da parcela recolhida a tal título e, portanto, não se pode alterar a sua configuração para tê-la como "despesa dedutível", "patrimônio" ou conceito congêneres, de modo a permitir que se cogite de ofensa ao princípio da capacidade contributiva ou da vedação ao confisco.*
3. *A base de cálculo, como dimensionada pela Lei nº 9.316/96, não sujeitou o contribuinte a uma situação de tributação desproporcional, abusiva, excessiva ou extrema, em sua dimensão econômica ou jurídica; nem foi oblíqua, indireta, dissimulada ou, por qualquer outro meio ou argumento, lesivo ao princípio da segurança jurídica, considerando, neste aspecto, que a alteração, produzida a partir da MP nº 1.516/96, apenas restabeleceu a incidência possível, nos termos da Constituição e da lei, revogando o que se configurou, até então, como mero benefício fiscal.*
4. *O artigo 41 da Lei nº 8.981/95 previu que os "tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência", o que, no entanto, foi permitido a título exclusivo e com a configuração específica de benefício fiscal, em caráter excepcional, sem gerar direito adquirido e, pois, qualquer espécie de impedimento, legal ou constitucional, para a revisão da outorga, como veio a ocorrer com a previsão do artigo 1º da Lei nº 9.316/96.*
5. *Ausente o indébito, em virtude da exigibilidade do crédito na forma da legislação impugnada, resta prejudicado o exame do pedido de repetição.*
6. *Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da parte autora improvida.*

O dispositivo questionado é o seguinte:

Art. 1º - O valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido para efeito de determinação do lucro real, nem de sua própria base de cálculo.

Parágrafo único. Os valores da contribuição social a que se refere este artigo, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

A discussão sobre o tema já chegou ao Supremo Tribunal Federal. Aliás, a repercussão geral da matéria foi reconhecida no RE 582.525:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO E IMPOSTO SOBRE A RENDA. DEDUÇÃO DO VALOR EQUIVALENTE À CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL E DO IRPJ. MANIFESTAÇÃO ENCAMINHADA PELA PRESENÇA DO REQUISITO DA REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Não se manifestaram os Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes" (STF; Min. Relator Joaquim Barbosa; RE 582.525/SP, DJU 04.04. 2008)

O Ministro Marco Aurélio, Relator do RE 433.343/PR, no qual se discute questão idêntica, ressaltou que sua importância merece apreciação do Pleno:

"DESPACHO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.316/96 - DEDUÇÃO PARA FINS DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL DO IMPOSTO DE RENDA - AUDIÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA.

1. A Corte de origem concluiu pela impossibilidade de utilizar-se o que fora pago a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das empresas como dedução na base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, na

determinação do lucro real. 2. O tema está a merecer o pronunciamento de Colegiado desta Corte. Colha-se o parecer da Procuradoria Geral da República. 3. Publique-se. (Brasília, 04.03.2005)"

Posteriormente, o aludido recurso extraordinário foi suspenso pelo Ministro Marco Aurélio, à vista da existência de casos repetitivos, bem como indicou os Recursos Extraordinários n°s 432.072-0/PR e 432.512-8/PE como paradigmas:

"DECISÃO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.316/96 - DEDUÇÃO PARA FINS DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL DO IMPOSTO DE RENDA - AUDIÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA.

1. A Corte de origem concluiu pela impossibilidade de utilizar-se o que fora pago a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das empresas como dedução na base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, na determinação do lucro real. 2. Nota-se a repetição de casos idênticos, não tendo o tema sido apreciado pelo Supremo. Tudo recomenda a submissão da matéria ao crivo do Colegiado na Corte. Assim, para estabelecer o precedente, encaminhei à Procuradoria Geral da República os Recursos Extraordinários n°s 432.072-0/PR e 432.512-8/PE, devendo aguardar-se o pronunciamento do Tribunal. 3. Determino o sobrestamento deste processo. À Assessoria, para o acompanhamento devido. 4. Publiquem. (Brasília, 31.08.2006)"

Atualmente, verifica-se que os recursos mencionados foram todos sobrestados e aguardam o julgamento do RE 582.525, no qual foi reconhecida a repercussão geral. Desse modo, evidencia-se que o tema teve sua importância reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Está configurado, portanto, no âmbito desta cautelar, o *fumus boni iuris*.

Demonstrada a relevância jurídica do pedido cautelar, tem-se que enfatizar a difícil reparação do dano causado e a necessidade de sustar antecipadamente os gravames sobre o sujeito passivo da exação em questão, caso da requerente, porquanto teria de se submeter à tortuosa e inadmissível via do *solve et repete* ou às sanções cabíveis, como a inscrição no CADIN, se não recolher o tributo.

Por fim, cumpre ressaltar que a cautelar inominada em casos que tais constitui medida que se exaure em si mesma, não depende da ulterior efetivação da citação da requerida, nem tampouco de contestação, uma vez que representa mero incidente peculiar ao julgamento dos recursos excepcionais, consoante tem enfatizado, em sucessivas decisões, precedentes do Supremo Tribunal Federal (RTJ 167/51, Rel. Min. MOREIRA ALVES - AC 175-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 1.158-AgR/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - Pet 1.256/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.246-QO/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - Pet 2.267/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.424/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - Pet 2.466-QO/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet. 2.514/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Ante o exposto, defiro o efeito suspensivo pleiteado para o recurso extraordinário.

Intimem-se.

Apense-se ao processo principal.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

André Nabarrete
Vice-Presidente

00006 CAUTELAR INOMINADA Nº 0036564-07.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.036564-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal VICE PRESIDENTE
REQUERENTE : SILVIO LEVCOVITZ
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO VALENTIM e outro
REQUERIDO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
No. ORIG. : 00009203020064036115 2 Vr SAO CARLOS/SP

DECISÃO

Medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por Silvio Levcovitz. Pede sejam suspensos quaisquer descontos dos proventos que recebe como procurador da Fazenda Nacional, em decorrência da cassação da antecipação da tutela no feito principal (n° 2006.61.15.000920-6), que fora concedida para pagamento de vantagem pessoal - VPNI. Requer ao final, outrossim, os benefícios da assistência judiciária gratuita, ao fundamento de que, *verbis*, "não está em condições

de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, conforme já reconhecido na ação ordinária principal acima citada".

Verifica-se não há nos autos demonstração da alegada concessão da justiça gratuita no processo principal. Comprove-a, pois, ou que preenche as condições para a assistência pretendida.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
André Nabarrete
Vice-Presidente

Expediente Nro 7343/2010

DIVISÃO DE RECURSOS

SEÇÃO DE PROCESSAMENTO DE RECURSOS - RPEX

CERTIDÕES DE ABERTURA DE VISTA PARA CONTRARRAZÕES

RECURSO(S) ESPECIAL(IS) / EXTRAORDINÁRIO(S)

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000489-32.2006.4.03.6006/MS
2006.60.06.000489-8/MS

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

APELANTE : PEDRO HOTZ

: ALVENI VIEIRA BARROZO

ADVOGADO : JOSE ANTONIO SOARES NETO e outro

APELADO : Justiça Publica

No. ORIG. : 00004893220064036006 1 Vr NAVIRAI/MS

CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido para apresentar contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
GISLAINE SILVA DALMARCO
Diretora de Divisão

00002 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0014183-91.2007.4.03.6181/SP
2007.61.81.014183-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE

RECORRENTE : Justiça Publica

RECORRIDO : GILMAR TENORIO ROCHA

ADVOGADO : ROSANGELA DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUZA

RECORRIDO : CLAUDIO DA SILVA ROCHA JUNIOR

ADVOGADO : RICARDO ALVARES DA SILVA CAMPOS JUNIOR

RECORRIDO : CARLOS EDUARDO TENORIO GUEDES ROCHA

ADVOGADO : MARCO ANTONIO GAMA BARRETO

RECORRIDO : PAULO ARAUJO DOS SANTOS

ADVOGADO : IVANNA MARIA BRANCACCIO MARQUES MATOS

CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido para apresentar contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
GISLAINE SILVA DALMARCO
Diretora de Divisão

00003 HABEAS CORPUS Nº 0041126-30.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.041126-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
: ANA CAROLINA GARCIA BLIZA DE OLIVEIRA
PACIENTE : CARLOS ALBERTO COUTINHO ROSSETTI
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
CO-REU : MARIA CLOTILDE TEREZINHA ROSSETTI FERREIRA
No. ORIG. : 2005.61.02.009118-6 6 Vr RIBEIRAO PRETO/SP
CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido para apresentar contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
GISLAINE SILVA DALMARCO
Diretora de Divisão

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0004211-55.2008.4.03.6119/SP
2008.61.19.004211-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
APELANTE : ZILMAN LOPES VIANA
ADVOGADO : TADEU CORREA
APELADO : Justica Publica
No. ORIG. : 00042115520084036119 5 Vr GUARULHOS/SP
CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido para apresentar contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
GISLAINE SILVA DALMARCO
Diretora de Divisão

00005 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008318-11.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.008318-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : CHRISTINE KOUAME OUTEIRINO reu preso
ADVOGADO : FRANCISCO CARLOS ALVES DE DEUS e outro
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00083181120094036119 5 Vr GUARULHOS/SP
CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido para apresentar contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
GISLAINE SILVA DALMARCO
Diretora de Divisão

00006 HABEAS CORPUS Nº 0024157-66.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.024157-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : EDUARDO DE ANDRADE PEREIRA MENDES
: SIDNEY MITSUYUKI NAKAMURA
PACIENTE : EUNICE CAMARGO DEGAN
ADVOGADO : EDUARDO DE ANDRADE PEREIRA MENDES
IMPETRADO : PROCURADOR DA REPUBLICA EM SAO PAULO SP
INVESTIGADO : ANTONIO CARLOS DEGAN

CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos acham-se com vista ao recorrido para apresentar contrarrazões ao(s) recurso(s) especial(ais) e/ou extraordinário(s) interposto(s), nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
GISLAINE SILVA DALMARCO
Diretora de Divisão

Expediente Nro 7341/2010

DIVISÃO DE RECURSOS

Seção de Procedimentos Diversos - RPOD

00001 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex Nº 0050426-64.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.050426-6/SP

APELANTE : MADEIRAS PINHEIRO LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE PIRES MARTINS
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2010000924
RECTE : MADEIRAS PINHEIRO LTDA

DECISÃO

Recurso especial interposto por Madeiras Pinheiro Ltda., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal.

Inconformada, alega que o *decisum* contraria os artigos 150, § 4º, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 341/345.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da

vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Conseqüentemente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008." - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00002 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex Nº 0059269-18.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.059269-6/SP

APELANTE : AMINO QUIMICA LTDA

ADVOGADO : RICARDO GOMES LOURENCO e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 24 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2010058025
RECTE : AMINO QUIMICA LTDA
DECISÃO

Recurso especial interposto por Amino Química Ltda., com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Inconformada, alega que o *decisum* contraria os artigos 4º, 128 e 535 do Código de Processo Civil, bem como os artigos 150, §§ 1º e 4º, e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 359/360.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

Inicialmente, não obstante as alegações acerca da nulidade do acórdão recorrido por suposta violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, cumpre destacar a **superveniência de ausência de interesse recursal** no tocante a tal pleito, na medida em que, julgado o paradigma relativo à questão de fundo, os autos serão devolvidos à turma para retratação, hipótese em que sobrevirá novo acórdão.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento

da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008." - grifei.

(REsp nº 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00003 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex Nº 0061859-07.1995.4.03.6100/SP

2001.03.99.016533-6/SP

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MERCANTIL DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO
: BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 18 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2009204312
RECTE : JOAO APOLINARIO E CIA LTDA
No. ORIG. : 95.00.61859-1 18 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Recurso especial interposto por **Mercantil Distribuidora de Veículos Ltda.**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal.

Inconformada, alega que o *decisum* contraria o artigo 168, inciso I, c.c. os artigos 150 e 156, todos do Código Tributário Nacional. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 171/173.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da

vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução

STJ 08/2008." - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

00004 RECURSO ESPECIAL EM ApelReex N° 0603750-62.1997.4.03.6105/SP

2004.03.99.016044-3/SP

APELANTE : CORPORACAO DA UNIAO CENTRAL BRASILEIRA DA IGREJA ADVENTISTA DO SETIMO DIA e outros

INSTITUICAO PAULISTA ADVENTISTA DE EDUCACAO E ASSISTENCIA SOCIAL
INSTITUICAO ADVENTISTA CENTRAL BRASILEIRA DE EDUCACAO E ASSISTENCIA SOCIAL
ADVOGADO : ADELMO DE CARVALHO SAMPAIO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
PETIÇÃO : RESP 2010088197
RECTE : CORPORACAO DA UNIAO CENTRAL BRASILEIRA DA IGREJA ADVENTISTA DO SETIMO DIA
No. ORIG. : 97.06.03750-0 4 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Recurso especial interposto por **Corporação da união Central Brasileira da Igreja Adventista do Sétimo Dia e outras**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta corte, que reconheceu a prescrição quinquenal. Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para corrigir erro material relativo à data de propositura da ação e para acrescentar informação à redação da ementa.

Inconformadas, alegam que o *decisum* viola os artigos 150, § 4º, e 168 do Código Tributário Nacional, bem como o artigo 3º, § 4º, da Lei Complementar n.º 7/70. Aduzem, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 899/901.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar n.º 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

(...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v.u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do **Recurso Especial n.º 1.002.932/SP**, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA** para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

André Nabarrete

Vice-Presidente

SUBSECRETARIA DO ÓRGÃO ESPECIAL E PLENÁRIO

Expediente Nro 7268/2010

00001 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0032208-37.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.032208-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
IMPETRANTE : ALFREDO NAKAMURA (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : DAZIO VASCONCELOS
IMPETRADO : DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
INTERESSADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 2002.03.99.038006-9 Vr SAO PAULO/SP

Decisão

- a. Trata-se de agravo contra r. decisão que julgou prejudicado mandado de segurança.
- b. A agravante concordou (fls. 46/47) que o feito discutido no presente mandado de segurança não está mais sob jurisdição da autoridade apontada como coatora.
- c. O presente recurso perdeu, em consequência, o seu objeto.
- d. Por estes fundamentos, julgo prejudicado o agravo legal, nos termos do artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno, desta Egrégia Corte.
- e. Publique-se e intime(m)-se.
- f. Oportunamente, arquivem-se os autos.

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

Fábio Prieto de Souza
Desembargador Federal Relator

00002 CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0007861-66.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.007861-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
PARTE AUTORA : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
PARTE RÉ : VANILSON PEREIRA DA ROCHA
ADVOGADO : HUMBERTO BENITO VIVIANI e outro
SUSCITANTE : DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARAES SEGUNDA TURMA
SUSCITADO : JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO LEMOS DECIMA TURMA
No. ORIG. : 00032129120104036100 3 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Para os fins do art. 120 do CPC, designo o E. Desembargador Federal suscitante para resolver, em caráter provisório, medidas urgentes.

Comunique-se, por meio de ofício, ao E. Desembargador Federal e ao I. Juiz Federal Convocado, dispensando-se as informações diante da fundamentação contida nestes autos.

Após, encaminhe-se ao Ministério Público Federal, na forma do art. 60, X, do Regimento Interno desta Corte.

Por fim, tornem conclusos.

Int.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
CECÍLIA MARCONDES
Desembargadora Federal Relatora

00003 CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0027014-85.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027014-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO
PARTE AUTORA : JOAO WALTER TOSCANO
ADVOGADO : MARIA AMELIA VIANA TUCUNDUVA ALIBERTI
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
SUSCITANTE : DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA TERCEIRA TURMA
SUSCITADO : DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI QUINTA TURMA
No. ORIG. : 00249002720014036100 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Vistos, etc,

Nos termos do art. 119 do CPC e art. 201 do Regimento Interno desta E. Corte Regional, designo o E. Desembargador Federal Carlos Muta suscitante, para resolver, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, se pertinentes.

Requisitem-se informações.

Após, vista ao Ministério Público Federal.

P.I.

São Paulo, 26 de outubro de 2010.
Salette Nascimento
Desembargadora Federal

00004 CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0031974-84.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.031974-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
PARTE AUTORA : CLAUDIO APARECIDO DE OLIVEIRA

ADVOGADO : INGRID MARIA BERTOLINO BRAIDO
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
SUSCITANTE : JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE RIBEIRÃO PRETO>2ª SSJ>SP
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 5 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 00105907420104036302 JE Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DESPACHO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo MM. Juiz Federal Presidente do Juizado Especial Federal Cível de Ribeirão Preto/SP, entendendo não lhe competir a apreciação de ação de concessão de aposentadoria especial, cumulada, originalmente, com pleito de condenação em danos morais, demanda essa ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Afirma, Sua Excelência, que o MM. Juiz Federal da 5ª Vara de Ribeirão Preto/SP, ora suscitado, a quem o feito foi, de início, distribuído, desmembrou, indevidamente, o referido processo, julgando improcedente o pedido atinente à condenação em danos morais, e determinando o encaminhamento à consideração do JEF do requerimento alusivo à outorga da prestação previdenciária.

Neste momento procedimental, designo o magistrado atuante no Juizado Especial Federal supramencionado à resolução de eventuais medidas urgentes, exurgidas no feito originário.

Por outro lado, solicitem-se informações ao e. Juízo suscitado, dentro em 10 (dez) dias.

Decorrido o prazo, com ou sem informações, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Oficie-se. Publique-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00005 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0032445-03.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032445-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
IMPETRANTE : LEIVINDO DIAS DE SOUZA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
IMPETRADO : DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO DECIMA TURMA
INTERESSADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00257209520104030000 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Leivindo Dias de Souza, contra ato praticado pelo eminente Des. Federal Sérgio Nascimento, atuante na Décima Turma da Corte, que, ao sustentar do requerente, teria determinado a conversão, em retido, do Agravo de Instrumento nº 0025720-95.2010.403.0000.

Decido.

Primeiramente, considerando o declarado a f. 29, tópico "a", defiro, ao vindicante, os benefícios da justiça gratuita, superando o certificado a f. 99. Providencie, a Subsecretaria, as necessárias anotações.

Posto isso, da análise dos autos, vê-se que a inicial padece de defeitos impeditivos de sua aceitabilidade.

Deveras, conquanto afirme, o postulante, que está a combater, nesta via, decisão judicial determinante da convolação de agravo de instrumento em retido, as peças colacionadas denotam realidade distinta.

De efeito, filtra, dos autos, que a autoridade coatora não procedeu na forma historiada pelo impetrante. Na verdade, num primeiro plano, Sua Excelência houve por bem, monocraticamente, negar seguimento ao agravo de instrumento a que se reporta o promovente, com espeque no art. 557, "caput", do CPC (fs. 71/73). Referido provimento desafiou agravo regimental (fs. 78/89), recepcionado, pelo magistrado oficiante, como agravo inominado, improvido, a final, pela Turma Julgadora (fs. 94/97).

Avulta, nesse passo, que o autor desatendeu a dever processual que lhe é imposto, porquanto deixou de expor os fatos e fundamentos jurídicos de forma clara e coerente, em desapeço à inteligência da pretensão deduzida.

Ora bem: se dos fatos não colhe a conclusão alcançada pelo demandante, fatalmente a vestibular está comprometida em sua compreensibilidade, de maneira a inibir o julgamento da causa, à míngua de pressuposto de logicidade.

A bem consignar, é de se problematizar a própria presença de interesse de agir pelo solicitante, uma vez que, em seus requerimentos, alvitra o processamento do agravo na forma de instrumento (f. 29). Tal, porém, não lhe restou recusado: apreciou-se o agravo de instrumento como tal, mas se lhe negou trânsito, à constatação de ausência dos requisitos insertos no art. 273 do CPC, alusivo à antecipação dos efeitos da tutela.

Demais, é cediço que a sede mandamental reclama prova pré-constituída e incontroversa sobre os eventos que retrata, de molde a não suscitar dúvidas, tampouco necessidade de dilação probatória.

De outra parte, dos elementos de convicção amealhados depara-se que, em verdade, a exordial arrosta aresto proferido por órgão fracionário deste Tribunal, nada obstante apontar - conforme visto - o eminente Relator de agravo de instrumento como autoridade impetrada. Eis outra mácula ostentada pela inicial: para fins de integração do pólo passivo da ação mandamental, impendia, ao litigante, indigitar todos os magistrados votantes em referida espécie, ou bem o presidente daquela doughta turma, como ressei do seguinte precedente:

"(...)

Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra acórdão de Tribunal, a legitimidade para figurar no pólo passivo da lide é do próprio órgão colegiado, cujo representante é o seu presidente.

(...)'.

(STJ, ROMS 19042, Segunda Turma, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, j. 21/03/2006, Fonte DJ 31/05/2006 p. 244).

A contexto, acreditamos que o vício ora detectado não comporta regularização, pois a construção pretoriana em torno da autorização de emenda, quanto a defeito constatado na composição do pólo passivo, dá-se propriamente às hipóteses em que se revela dificultosa a clara definição, dentro do arcabouço do Poder Público, do agente responsável pela emanção do ato atacado, o que não corresponde, por certo, ao caso em estudo, em que se mostrava evidente a autoridade contra a qual deveria o "writ" ser direcionado, conforme se colhe da jurisprudência:

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA . AUTORIDADE IMPETRADA. LEGITIMIDADE PASSIVA.

(...)

O art. 267, I, IV e VI, c/c o art. 295, I e parágrafo único, do Código de Processo Civil permitem ao juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito quando for inepta a inicial ou quando não estiverem presentes as condições da ação ou os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido da relação processual.

3. O equívoco na indicação da autoridade impetrada, quando evidente o erro, leva à extinção do processo sem julgamento do mérito, o que pode ser feito com o simples indeferimento da petição inicial, sem que isso comprometa o devido processo legal.

(...)"

(STJ, ROMS 20353, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 17/11/2005, v. u., DJ 28/11/2005).

Não bastasse, quadra rememorar o assentamento, no Órgão Especial deste Tribunal, da inadmissibilidade de mandados de segurança, dirigidos contra atos de Relatores.

De fato, vem-se entendendo que tais mandados vulnerariam o princípio da unicidade recursal, e transformariam o Órgão Especial em revisor dos provimentos jurisdicionais das Turmas, o que não encontra amparo legal.

Nessa linha:

"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA . IMPETRAÇÃO ENDEREÇADA CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL. Os tribunais se desdobram em órgãos fracionários para que, dividindo o trabalho, possam cumprir as suas funções; se admitida a impetração de mandado de segurança contra acórdão de órgão fracionário perante o próprio tribunal, anular-se-iam as vantagens da divisão do trabalho, que retornaria, todo ele, a seu Plenário. Agravo regimental não provido."

(AGRMS nº 12817, Corte Especial, Relator Min. Ari Pargendler, j. 07/11/2007, Fonte DJ 03/12/2007 p. 247).

"PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO DE TRIBUNAL ESTADUAL QUE DECIDE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVIABILIDADE DE IMPUGNAÇÃO VIA MANDADO DE SEGURANÇA .

I. Prolatado acórdão pela Corte a quo em agravo de instrumento, inviável a impugnação da decisão mediante a impetração de mandado de segurança, que não serve como substitutivo do recurso próprio, menos ainda para compelir a superposição de outro órgão julgador, criando espécie de 3o grau ordinário.

II. Recurso ordinário não conhecido."

(STJ, ROMS nº 8234, Quarta Turma, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, j. 06/02/2001, Fonte DJ 19/03/2001 p. 109).

O posicionamento encampado nos paradigmas transcritos bem calha à presente hipótese, em que o provimento jurisdicional altercado, provido da necessária motivação, não é estampadamente adverso à ordem positiva, caso em que, efetivamente, poder-se-ia excogitar da admissibilidade da impetração.

Dessa feita, com fundamento no art. 10 da Lei nº 12.016/2009, indefere-se a inicial.

Respeitadas as cautelas de praxe, arquivem-se.

Dê-se ciência.

São Paulo, 04 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00006 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0035675-53.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035675-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
IMPETRANTE : JOSE DAS CHAGAS DE MOURA
ADVOGADO : AIRTON FONSECA
IMPETRADO : DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY OITAVA TURMA
INTERESSADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00236345420104030000 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Mandado de segurança impetrado contra ato da Desembargadora Federal Vera Jucovsky que converteu em retido agravo de instrumento (reg. nº 2010.03.00.023634-5) interposto de decisão que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela em demanda previdenciária objetivando o restabelecimento de auxílio-doença e a concessão, ao final, de aposentadoria por invalidez.

Sustenta o cabimento da ação mandamental por ser irrecorrível a decisão atacada.

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, segundo alega, decorrem da ausência de "*justificativa plausível para a conversão do aludido recurso na forma retida, haja vista, ser da essência dos benefícios previdenciários a natureza alimentar, cujo indevido indeferimento da antecipação da tutela pleiteada, importe em reduzir-se o postulante a situação de penúria, considerando a cabal incapacidade para prover a própria subsistência*".

Requer liminar para o fim de determinar o processamento do agravo na forma de instrumento, bem como "*a concessão de tutela cautelar a fim de restabelecer imediatamente o benefício de auxílio-doença*", ao final concedendo-se a segurança.

Decido.

Defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita, conforme requerido.

Mandado de segurança colhendo as modificações impostas pela Lei nº 11.187/2005 na sistemática do agravo de instrumento nos tribunais.

Contra a decisão de conversão do agravo de instrumento em retido, antes das alterações impostas pela Lei nº 11.187/2005, cabível era o agravo interno ao órgão colegiado competente (art. 527, II).

Com a nova redação do artigo 527, II, eliminou-se o agravo interno e, questão que se põe, antes de se chegar ao mandado de segurança, diz respeito ao cabimento do agravo regimental, considerando a nova redação do parágrafo único do referido artigo: "*A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar*".

A Lei 11.187, ao impor tais alterações, quis conferir celeridade ao processamento do agravo, fixando apenas duas hipóteses para a reforma da decisão do relator, uma com marco temporal definido e a outra não. Possibilitou a reforma da decisão quando do julgamento do recurso pelo colegiado ou quando o relator decidisse reconsiderá-la. Quis conferir irrecorribilidade à decisão do relator.

Para a hipótese de decisão que converte o agravo de instrumento em retido, a possibilidade de reforma é dada ao relator, por meio de pedido de reconsideração, sem sentido que possa ocorrer no momento do julgamento do agravo retido, como preliminar do julgamento da apelação, dada a inutilidade de qualquer decisão.

Pois bem, não cabendo o agravo interno, exame que faço da questão leva a crer que o legislador, com a nova redação do parágrafo único do artigo 527, pretendeu impedir que a decisão monocrática pudesse ser atacada também pelo agravo regimental. Deveras, como afirmado, o que se objetivou foi a irrecorribilidade da decisão do relator, não mais se admitindo a revisão pelo colegiado.

Irrecorribilidade da decisão que significaria, no caso de conversão do agravo de instrumento em retido, em devolução dos autos ao juiz da causa, diminuindo sobremaneira o volume nos tribunais. Essa a principal intenção da minirreforma. Assim, o sistema imposto destinou à parte a manifestação de seu inconformismo por meio de pedido de reconsideração ao relator.

Então vem a intenção de reavivar a via do mandado de segurança.

Recordando, com a vigência da Lei nº 9.139/95, decisão interlocutória proferida em primeiro grau passou a ser atacada nos tribunais por meio de agravo de instrumento, inclusive cabível de decisão com conteúdo negativo, diante da possibilidade de concessão de efeito suspensivo ativo. Afastou-se o cabimento de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso e de mandado de segurança como substituto de recurso sem efeito suspensivo. O mandado de segurança somente seria admissível em hipóteses de exceção, retornando ao seu berço clássico, não mais podendo ser usado como sucedâneo do recurso cabível.

Inconformada a parte com a decisão proferida nos tribunais, tentou-se, então, o cabimento de mandado de segurança contra ato de relator ou órgão fracionário do Tribunal, sem êxito, consolidando-se o entendimento, neste Órgão Especial, pela impossibilidade da impetração quando previsto recurso nas leis processuais. E que o Órgão Especial do Tribunal não é órgão revisor de decisão de relator ou de órgão fracionário.

O entendimento há de permanecer.

A Lei nº 11.187 possibilitou ao relator reconsiderar a decisão de conversão do agravo de instrumento em retido. O que significa que a questão debatida não pode ser deslocada para este Órgão Especial pela via do mandado de segurança.

A questão, diante da sistemática imposta pelas alterações trazidas pela Lei nº 11.187/2005, está destinada à Turma, não se abrindo a discussão em outra via. Há mecanismo para a reforma da decisão e, ousou dizer, se acaso assim entender, pode o relator submeter a questão à apreciação do colegiado, usando de normas regimentais.

De forma ampla, com a vigência da Lei nº 11.187/2005, deduzo: 1) a regra é o agravo retido; 2) ainda subsiste a possibilidade de reforma da decisão, seja pelo relator ou pelo órgão fracionário; 3) não se pode admitir a banalização do mandado de segurança, que somente será admissível em casos "*contra ato judicial se este contiver deformações tais a configurarem abuso de poder ou se tratar de decisão teratológica a ferir direito líquido e certo do impetrante*" ou, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, quando do "*ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente comprovado*", conforme exemplo citado por Carlos Alberto Menezes Direito, in "*Manual do Mandado de Segurança*", 3ª ed., Renovar, p. 56: '*No caso concreto, o juiz, sem qualquer prova, com apoio em mera suposição, concedeu liminar bloqueando os recursos da Prefeitura, impedindo que o Prefeito exercesse suas atribuições de administrar as verbas à sua disposição. RMS nº 1.667-BA, sessão de 16.8.94; RMS nº 4.039-RS, relator o Ministro Gomes de Barros, DJ de 22.8.94, pág. 21.208; RMS nº 3.976-RJ, relator o Ministro César Asfor Rocha, DJ de 15.8.94, pág. 20.296; RTJ 70/505*'.

A regra é afastar o mandado de segurança, que somente teria cabimento em hipóteses extremas, mas não como via própria para atacar toda e qualquer decisão monocrática de relator.

E não poderia ser diferente, uma vez que a minirreforma, ao privilegiar tal modificação, quis racionalizar e impor celeridade à prestação jurisdicional. E as alterações impostas pela Lei nº 11.187/2005 têm como um de seus pilares a conversão do agravo de instrumento em retido, daí não se admitindo que, de toda e qualquer decisão dessa natureza venha a parte impetrar mandado de segurança.

Lesão grave e de difícil reparação é conceito jurídico indeterminado, e não será pela via mandamental que se abrirá discussão a respeito de sua adequada aplicação. É conceito subjetivo, destinado ao magistrado que, no dizer de Barbosa Moreira, atuará com "*boa dose de subjetividade*". A ele caberá apurar as razões que possam conduzir à conversão do agravo de instrumento em retido.

A admissão de mandado de segurança, em casos tais, faria desmoronar o sistema imposto pelo legislador, que muito privilegia a conversão em retido do recurso interposto por instrumento.

A propósito, faço transcrever ementa de acórdão unânime do Órgão Especial desta Corte:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONVERTEU EM RETIDO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI N.º 11.187/2005. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PERANTE O ÓRGÃO ESPECIAL. - Um exame da Lei n.º 11.187/05 revela que o legislador se preocupou em aliviar a carga dos tribunais, pois fixou a regra do agravo retido (artigo 523, § 3º, e artigo 527, inciso II, CPC), assim protraindo sua apreciação para o futuro, à exceção das poucas hipóteses que prevê (lesão grave e de difícil reparação, inadmissão de apelação e efeitos desta). Da mesma forma, afastou a recorribilidade, no âmbito dos tribunais, quando houver conversão do agravo de instrumento em agravo retido e nas hipóteses em que é deferido ou indeferido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Em consequência, abrir-se a via do mandado de segurança nas situações referidas é tornar ineficaz o objetivo da alteração legislativa. - As alterações legislativas são lógicas e sistemáticas. Os institutos da liminar e da tutela antecipada propiciam ao julgador, em

caráter provisório, resolver questões incidentes no curso do processo em que haja a alegação do 'periculum in mora'. Negadas ou deferidas em 1ª instância, o agravo de instrumento possibilita aos tribunais a revisão do pronunciamento do grau de jurisdição a quo, assim como, sempre em vista do fator urgência, o próprio relator estará autorizado a conceder ou não efeito suspensivo recursal, ou ainda, na ausência de lesividade, converter em retido o recurso, o que o faz em nome da turma de que é integrante, até que, no momento oportuno, a esta seja dado o conhecimento do recurso. - Não se pode confundir a irrisignação das partes, que pode nunca ser satisfeita, com uma indefinida multiplicação de meios ou instrumentos para reverter as decisões judiciais provisórias. Hoje, o sistema processual brasileiro dá aos litigantes, em caso de alegação de lesão grave e de difícil reparação, instrumentos específicos. Porém, ao se esgotarem, não se pode ainda invocar o remédio constitucional do mandamus. - A função do Poder Judiciário é, basicamente, reconhecer ou não um direito postulado pela parte. Em sede de cognição sumária, ele o faz pelos instrumentos mencionados anteriormente. Afigura-se um sofisma entender que o julgador viole direito líquido e certo quando ele, no exercício da jurisdição, não reconhece direito do postulante. Uma coisa é o direito primário invocado, outra um pretense direito líquido e certo derivado de decisão judicial que não reconhece a pretensão da parte. - Das decisões, provisórias ou definitivas, de primeira instância, cabem recursos que são submetidos às turmas dos tribunais, as quais são o juízo natural. O deslocamento de apreciação delas ou sua revisão para outros órgãos fracionários da corte, como no caso o Órgão Especial, ferem o princípio e a garantia mencionada. O Órgão Especial não é instância revisora das turmas. Precedentes desta corte. - Há aqueles que aceitam conhecer de mandados de segurança ao argumento de que há decisões teratológicas com as quais não se conseguiria conviver. É preciso enfatizar que a metáfora, além de imprecisa terminologicamente e não jurídica, cria extrema insegurança na prestação jurisdicional. Sem delimitação do que seja uma decisão teratológica, enseja-se o risco de considerá-la toda aquela de cujo conteúdo discorda outro órgão julgador. - De qualquer modo, indubitável que o ato atacado não é aberrante, absurdo, ilógico ou incoerente. - O devido processo legal, constitucionalmente previsto, compreende também o duplo grau de jurisdição e o direito de recorrer. Nossas leis processuais, no caso em apreço, deram à parte o agravo de instrumento e dentro deste o efeito suspensivo. Assim, não se configura a alegada violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, CF), tampouco se pode deduzir violação de direito líquido e certo, passível de mandado de segurança, quando os recursos possíveis foram utilizados e os pleitos foram denegados, em caráter provisório ou definitivo. - Agravo regimental desprovido." (Órgão Especial, Rel. Des. Federal André Nabarrete, AgReg no MS nº 2009.03.00.000861-9, j. 25.03.2009, DJF 3 30.03.2009, p. 189)

Por último, registro que aceito o mandado de segurança para casos excepcionais, a atacar decisão teratológica, que no dizer do Ministro Hamilton Carvalhido, "é a decisão absurda, impossível juridicamente" (AgRg no MS 10.252-DF). Não na hipótese, em que a conversão do agravo de instrumento em retido, interposto de decisão que negou a antecipação dos efeitos da tutela com o intuito de restabelecimento do pagamento de auxílio-doença justamente por conta da necessidade de produção de prova pericial para obtenção da medida antecipatória, é bastante comum nas turmas previdenciárias.

Em outras palavras: mesmo que seguido o rito instrumental do agravo, dificilmente conseguir-se-ia, seja na pena do Relator, ou mesmo no julgamento da Turma, a obtenção de tutela sem a elaboração de laudo médico em juízo.

Dito isso, a teor do disposto no artigo 10 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, indefiro a inicial.

Decorrido o prazo para recurso, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Intime-se e comunique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

THEREZINHA CAZERTA

Desembargadora Federal Relatora

SUBSECRETARIA DA 1ª SEÇÃO

Boletim Nro 2847/2010

00001 REVISÃO CRIMINAL Nº 0091243-59.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.091243-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
REQUERENTE : MARIAN CHITRA GOERCHARN reu preso
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
REQUERIDO : Justica Publica
CO-REU : DANILO EDUARDO BONARI ROMERO

No. ORIG. : 2006.61.19.002253-2 1 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PENAL - REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - REDUÇÃO DA PENA - CUMPRIMENTO INTEGRAL DA REPRIMENDA - PREJUDICIALIDADE - COMPROVAÇÃO DO DOLO E AUTORIA - ERRO DE TIPO - AFASTAMENTO - CONHECIMENTO DE PARTE DA REVISÃO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Atestado nos autos o cumprimento integral da pena, resta prejudicada a apreciação do pleito de sua redução.
2. Comprovação do transporte internacional de sete mil, setecentos e vinte gramas de cocaína em concurso com corréu, preordenados à prática delitativa, de forma consciente e voluntária.
3. Falta de comprovação de desconhecimento do transporte da droga a afastar erro de tipo.
4. Conhecimento de parte da revisão e, na parte conhecida, improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em conhecer de parte da revisão e, na parte conhecida, julgá-la improcedente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

SUBSECRETARIA DA 2ª SEÇÃO

Boletim Nro 2800/2010

00001 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0603077-35.1998.4.03.6105/SP
2000.03.99.073276-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
EMBARGANTE : PLASTAMP IND/ E COM/ DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO : MILTON CARMO DE ASSIS JUNIOR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ENTIDADE : Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educacao FNDE
ADVOGADO : EVANDERSON DE JESUS GUTIERRES e outro
No. ORIG. : 98.06.03077-0 3 Vr CAMPINAS/SP
EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES - SALÁRIO EDUCAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM AÇÃO DECLARATÓRIA. QUESTIONAMENTO ACERCA DO *QUANTUM* ARBITRADO A ESTE TÍTULO. MATÉRIA JÁ APRECIADA - CARÁTER PROTRELATÓRIO DOS EMBARGOS - APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Prescreve o artigo 535 do CPC o cabimento de embargos de declaração em havendo na sentença ou acórdão obscuridade, contradição ou omissão a serem sanadas. Verificando-se que não há qualquer dos vícios acima apontados, outra não será a conclusão senão pela inadmissibilidade dos embargos, cabendo ao juiz ou relator rejeitá-los de plano.
2. É o que verifico no caso em apreço. A embargante em momento algum aponta qualquer das irregularidades supracitadas. Pelo contrário, deixa transparecer o seu intuito de ver reformada a decisão recorrida, não integrada. Ora, o fato de a lei assegurar às partes um expediente de natureza saneadora, de aprimoramento do julgado, não significa que seu emprego possa se dar ao bel prazer daquele a quem desagrade a decisão proferida.

3. O juiz não é obrigado a examinar expressamente as normas legais trazidas pelas partes ou a responder a todos os seus argumentos, se suficientes os motivos que fundamentam a sua decisão. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 213931/SP, assim se pronunciou: *Superior Tribunal de Justiça, 1.ª Turma, Rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 27.09.99*
4. Hipótese em que, desde a decisão de fls. 463, a embargante tem insistido na mesma tese, protelando a decisão final do processo. Nesse sentido, cito os declaratórios ofertados às fls. 466/470, o agravo regimental de fls. 488/495, bem como os presentes declaratórios, a demonstrar seu objetivo de eternizar a demanda, o que deve ser vedado por atentar contra os princípios da celeridade e da razoável duração dos processos.
5. A jurisprudência tem reconhecido que os embargos de declaração repetidamente interpostos têm caráter manifestamente protelatório. Por consequência, diante da previsão específica contida no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil, aplico à embargante a multa de 1% sobre o valor da causa.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração e aplicar à embargante a multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora) com quem votaram as Desembargadoras Federais ALDA BASTO, CONSUELO YOSHIDA, REGINA COSTA, os Juízes Federais Convocados SANTORO FACCHINI, MARCELO AGUIAR e PAULO SARNO e os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES e FÁBIO PRIETO.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MARLI FERREIRA (substituída pelo Juiz Federal Convocado PAULO SARNO), SALETTE NASCIMENTO, MAIRAN MAIA (substituído pelo Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI), NERY JÚNIOR (substituído pelo Juiz Federal Convocado MARCELO AGUIAR), CARLOS MUTA e LAZARANO NETO.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00002 AGRAVO LEGAL EM EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0025525-72.2002.4.03.6182/SP
2002.61.82.025525-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
EMBARGANTE : CHASE MANHATTAN S/A DTVM
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO e outro
EMBARGADO : Comissão de Valores Mobiliários CVM
ADVOGADO : ILENE PATRICIA DE NORONHA e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO EM RAZÃO DE CANCELAMENTO. PAGAMENTO REMANESCENTE QUE NÃO SE REFERE AOS AUTOS EM ANÁLISE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. Controvérsia que se cinge ao cabimento ou não da condenação da exequente (Comissão de Valores Mobiliários - CVM) ao pagamento de honorários advocatícios, cumprindo determinar, para solucionar definitivamente a lide, se a extinção da execução fiscal deu-se apenas em razão do cancelamento da dívida (por ter a exequente verificado seu descabimento), ou se teria havido pagamento de valor remanescente pela executada após o ajuizamento do feito executivo.
2. A matéria devolvida refere-se à CDA em cobrança neste executivo fiscal, não à CDA que embasa a cobrança do executivo fiscal em apenso (processo nº 2002.61.82.025546-2), sendo que o comprovante de pagamento juntado às fls. 48, realizado após o ajuizamento do feito, refere-se ao executivo fiscal em apenso, cujo conteúdo não foi devolvido para análise por este Tribunal.
3. O comprovante de pagamento relativo à CDA que embasa a presente cobrança (processo nº 2002.61.82.025525-5) consta às fls. 29. Tal documento comprova a quitação de valor corresponde a 4.000 BTN's (conforme expresso na guia de recolhimento, nos termos previstos na Tabela "A" da Lei nº 7.940/89) e foi realizado exatamente na data de vencimento indicada na CDA (10/01/92, conforme fls. 04).
4. Comprovado nos autos o pagamento integral e tempestivo do débito a que se refere o presente executivo fiscal, fato corroborado pelo pedido de extinção do feito apresentado pela CVM. Execução fiscal ajuizada de maneira equivocada.

5. Extinta a execução fiscal em decorrência da cobrança indevida do crédito tributário, impõe-se à exequente a condenação no ônus da sucumbência, ficando obrigada a reparar o prejuízo causado ao executado, na medida em que este teve despesas para se defender.
6. Com relação ao disposto no art. 1º-D da Lei 9.494/97 - no sentido de não serem devidos honorários pela Fazenda nas execuções não embargadas -, cumpre observar que tal dispositivo não se aplica à hipótese dos autos. A corroborar este entendimento, há manifestação do STF, restringindo a aplicação do artigo em referência a execuções por quantia certa movidas em face da Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do CPC (RE 415932/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 10/11/06).
7. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora) com quem votaram as Desembargadoras Federais ALDA BASTO, CONSUELO YOSHIDA, REGINA COSTA, os Juízes Federais Convocados SANTORO FACCHINI, MARCELO AGUIAR e PAULO SARNO e o Desembargador Federal MÁRCIO MORAES; vencido o Desembargador Federal FÁBIO PRIETO que dava provimento ao agravo.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MARLI FERREIRA (substituída pelo Juiz Federal Convocado PAULO SARNO), SALETTE NASCIMENTO, MAIRAN MAIA (substituído pelo Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI), NERY JÚNIOR (substituído pelo Juiz Federal Convocado MARCELO AGUIAR), CARLOS MUTA e LAZARANO NETO.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00003 EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0002089-58.2002.4.03.6126/SP

2002.61.26.002089-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
EMBARGANTE : INSTITUTO EDUCACIONAL SOMOS LTDA
ADVOGADO : EMILIO ALFREDO RIGAMONTI
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
EMBARGADO : OS MESMOS

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - PIS - LEI FEDERAL Nº 9718/98: BASE DE CÁLCULO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRETENSÃO À COMPENSAÇÃO: PROCEDÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS: JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO ST

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 390.840, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei Federal nº 9.718/98.
2. O recolhimento do PIS, na modalidade Repique, foi extinto a partir de março de 1996, quando a MP 1212/95 teve plena eficácia.
3. Como consequência, a base de cálculo do PIS é a prevista na Lei Complementar n.º 7/70, com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 9715/98. A diferença paga a maior, no período, é, em tese, causa legítima para o pedido de compensação.
4. "Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, § único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real". (1ª Turma - Min. Teori Albino Zavascki - Resp nº 952809/SP- 04/09/2007).
5. Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Fábio Prieto de Souza
Desembargador Federal Relator

00004 EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0013561-02.2000.4.03.6102/SP
2000.61.02.013561-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
EMBARGANTE : VIDROS E MOLDURAS BORSARI LTDA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR
EMBARGADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

DIREITO ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO - PIS - DECRETOS-LEI NºS 2.445/88 E 2.449/88: SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELA RESOLUÇÃO Nº 49/95, DO SENADO FEDERAL - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL: OCORRÊNCIA.

1. Prescrição quinquenal, com termo inicial na data do pagamento e final no ajuizamento da ação
2. Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Fábio Prieto de Souza
Relator

00005 EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1200883-89.1998.4.03.6112/SP
1999.03.99.110884-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
EMBARGANTE : COPAUTO TRATORES IMPLEMENTOS LTDA e outro
: COPAUTO TRATORES LTDA
ADVOGADO : CRISTINA LUCIA PALUDETO PARIZZI e outro
EMBARGADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 98.12.00883-7 1 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

EMENTA

DIREITO ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO - FINSOCIAL - MAJORAÇÃO DAS ALÍQUOTAS (LEIS FEDERAIS NºS 7689/88, 7787/89, 7894/89 E 8147/90): INCONSTITUCIONALIDADE - PRETENSÃO À COMPENSAÇÃO - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL.

1. Prescrição quinquenal, com termo inicial na data do pagamento e final no ajuizamento da ação
2. Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Fábio Prieto de Souza
Desembargador Federal Relator

00006 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0006874-45.2001.4.03.0000/SP

2001.03.00.006874-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
IMPETRANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RICARDO VALENTIM NASSA
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
INTERESSADO : ROBERTO MARIO RODRIGUES MARTINS
No. ORIG. : 00.09.75793-7 16 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS - APLICAÇÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS: POSSIBILIDADE.

1. Antes da edição da Lei Federal nº 9.289/96, a instituição financeira, depositária judicial, era responsável pela atualização monetária dos depósitos judiciais, de acordo com os índices indicados pelo juízo.
2. Precedentes do STJ.
3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Fábio Prieto de Souza

Desembargador Federal Relator

00007 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0007575-06.2001.4.03.0000/SP

2001.03.00.007575-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
IMPETRANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO MINAYA SEVERINO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
LITISCONSORTE PASSIVO : CONSTRUTORA MORAIS FERRARI LTDA
ADVOGADO : LUIZ DE OLIVEIRA SALLES
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
No. ORIG. : 89.00.26548-2 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS - APLICAÇÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS: POSSIBILIDADE.

1. Antes da edição da Lei Federal nº 9.289/96, a instituição financeira, depositária judicial, era responsável pela atualização monetária dos depósitos judiciais, de acordo com os índices indicados pelo juízo.
2. Precedentes do STJ.
3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Fábio Prieto de Souza

Desembargador Federal Relator

00008 MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0069920-95.2007.4.03.0000/SP

2007.03.00.069920-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal FABIO PRIETO
IMPETRANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
: ARTCRIS S/A IND/ E COM/
LITISCONSORTE
PASSIVO : Centrais Eletricas Brasileiras S/A ELETROBRAS
ADVOGADO : ROGERIO FEOLA LENCIONI
: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETO
No. ORIG. : 89.00.40105-0 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL - DEPÓSITO JUDICIAL - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS: VEDAÇÃO.

1. O sistema legal impedia, ao tempo dos fatos, a capitalização de juros, no numerário objeto de depósito judicial.
2. A escrituração dos juros, no sistema informático do depositário, ou a sua efetiva capitalização no numerário, não gera direito adquirido: o ato ilícito não é fonte constitutiva de relação jurídica.
3. A responsabilidade pela coisa depositada é do Poder Judiciário. Se o auxiliar do juízo, na administração do depósito, atua contra a lei, o juiz deve corrigir o erro, não perpetuá-lo.
4. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conceder a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Fábio Prieto de Souza
Desembargador Federal Relator

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

Expediente Nro 7325/2010

QUESTÃO DE ORDEM

00001 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007580-22.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.007580-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : LUIZ EDUARDO CAMPELLO
ADVOGADO : GIULIANA BATISTA PAVANELLO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a expedição de certidão de transferência de ocupação, referente aos imóveis objetos dos processos administrativos nº s 05026.002461/2001-31, 05026.002462/2001-86, 05026.002463/2001-21 e 05026.002465/2001-10, de propriedade da empresa ENA Exportações e Participações Ltda. para o impetrante, independentemente do pagamento do laudêmio.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o

enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinaram historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo

Relator

00002 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0016541-49.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.016541-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

PARTE AUTORA : JUBRAN ENGENHARIA S/A

ADVOGADO : YVONE MARIA ROSANI e outro

PARTE RÉ : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando que a autoridade impetrada proceda ao cálculo do laudêmio e, posteriormente, expeça a respectiva certidão de aforamento.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de

particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinaram historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 -

DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021400-11.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.021400-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : ANATOLE KAGAN e outro
: MIRA KAGAN
ADVOGADO : VANDERLEI SANTOS DE MENEZES e outro

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de ação ordinária ajuizada com escopo de obter ordem judicial para compelir a Administração a concluir processo administrativo de transferência de domínio útil, inscrevendo os autores como foreiros responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaqui)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johanson di Salvo
Relator

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010551-10.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.010551-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : INSTITUTO SUPERIOR DE COMUNICACAO PUBLICITARIA ISCP
ADVOGADO : FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 2004.61.00.034298-7 15 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Instituto Superior de Comunicação Publicitária - ISCP*, por meio do qual se pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da ação anulatória de débito tributário, de rito ordinário, n. 2004.61.00.034298-7, em trâmite perante a 15ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo - SP, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O processo, de relatoria do eminente Desembargador Federal Luiz Stefanini, foi levado a julgamento no dia 08 de janeiro de 2008, tendo o Relator dado provimento ao agravo de instrumento.

Em seguida, proferi voto no sentido de não conhecer do agravo de instrumento, em razão da ausência da cópia da decisão agravada, no que fui acompanhada pelo eminente Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, razão pela qual os autos me vieram conclusos para elaboração do voto-condutor.

Contudo, do exame dos autos verifico que a decisão agravada foi devidamente juntada no momento da interposição do agravo de instrumento (fls. 78-79).

A cópia tida por faltante, cuja juntada foi exigida pela decisão de fls. 526/528, refere-se a pedido de reconsideração formulado pela agravante, nos autos da ação cautelar nº 2004.61.00.031752-6, que não se configura como requisito formal de admissibilidade para a interposição do agravo de instrumento.

Portanto, o agravo de instrumento merece ser conhecido.

No entanto, conforme informação obtida no sistema de consulta processual desta Corte, foi prolatada sentença nos autos da ação originária, o que acarreta a perda do objeto do presente recurso.

Por essa razão, está prejudicado o agravo de instrumento, nos termos do artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Corte.

Dessa forma, considerando que não conheci do agravo de instrumento, conforme constou na tira de julgamento de fl. 659, necessário se faz **retificar o meu voto**, a fim de adequá-lo a essa nova situação relatada.

Por esses fundamentos, **proponho** a presente questão de ordem para que seja **retificado** o julgamento realizado em 08 de janeiro de 2008 e passe a constar da tira de julgamento que *conheço do recurso de agravo de instrumento e, nos termos do artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Corte, julgo-o prejudicado.*

Dispensada a lavratura do acórdão do presente incidente.

Vesna Kolmar
Relatora para Acórdão

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022183-66.2006.4.03.6100/SP
2006.61.00.022183-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : ROGERIO MARIO ARIDA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DE SANTANA e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : AGNELO QUEIROZ RIBEIRO e outro
QUESTÃO DE ORDEM
A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR:

Os presentes autos, da relatoria do E. Desembargador Federal Luiz Stefanini, vieram à minha conclusão para voto vista.

Contudo, compulsando os autos, verifico que às fls. 231 foi proferido despacho pelo Relator determinando às partes que se manifestassem sobre a ocorrência de eventual prescrição, considerando que o contrato que ora se pretende revisar, a fim de que seja assegurado ao autor o direito à restituição de valores pagos indevidamente, foi quitado em 14 de junho de 1999 e o presente processo ajuizado em 09 de outubro de 2006.

Em cumprimento, o autor peticionou às fls. 235/236 alegando a inoccorrência da prescrição, e a Caixa Econômica Federal, às fls. 231, requereu a decretação de referido instituto, face o decurso de prazo superior a 5 (cinco) anos entre o cumprimento do contrato e a propositura da ação.

Todavia, a questão não foi decidida pelo Relator, que proferiu seu voto no sentido de não conhecer do agravo retido, rejeitar as preliminares argüidas pela Caixa Econômica Federal e, no mérito, dar parcial provimento aos recursos, sem se pronunciar a respeito da matéria por si levantada de ofício.

Por essas razões, proponho a presente questão de ordem para devolver os autos ao E. Relator para que complemente o julgado, decidindo a respeito da ocorrência de eventual prescrição.

Vesna Kolmar
Relatora

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0052444-44.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.052444-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ADVOGADO : RAIMUNDA MONICA MAGNO ARAUJO BONAGURA
AGRAVADO : HDI SEGUROS S/A
ADVOGADO : LUIZ EDSON FALLEIROS
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2005.61.00.022164-7 26 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal, Dra. Vesna Kolmar:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos do processo nº 2005.61.00.022164-7, em trâmite perante a 26ª Vara Federal de São Paulo, que indeferiu o pedido de produção de provas, bem como a denunciação da lide de José Antonio Sader EPP.

O processo, da relatoria do E. Desembargador Federal Luiz Stefanini, foi levado a julgamento no dia 09 de outubro de 2007, que, em seu voto negou provimento ao agravo. Em seguida, pedi vista dos autos para melhor analisar o feito, aguardando o terceiro Juiz para votar.

Analisando a matéria versada nos autos, peço vênia o E. relator, para suscitar a presente **QUESTÃO DE ORDEM**:

De acordo com a consulta realizada no sistema de fases processuais da Justiça Federal -SP, nos autos da ação principal foi proferida sentença pelo MM. Juiz *a quo*, que julgou improcedente o pedido.

Assim, forçoso é reconhecer que ficou prejudicado o agravo de instrumento, face à perda de objeto, nos termos do artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Corte.

Por essa razão, **proponho** a presente questão de ordem para **anular o julgamento** iniciado no dia 09 de outubro de 2007, e **julgar prejudicado** o agravo de instrumento.

Vesna Kolmar
Desembargadora Federal

00007 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0011707-95.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.011707-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : SKILL PARTICIPACOES S/A
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência do domínio útil, inscrevendo a impetrante como foreiro responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de

particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 -

DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

00008 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0024014-81.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.024014-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : SMB PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : MARIA BERNARDETE DOS SANTOS LOPES e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando que a Secretaria de Patrimônio da União proceda ao cálculo de laudêmio e expeça certidão de aforamento e regularização de imóvel, finalizando o processo administrativo nº 04977.008468/2008-21.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acréscidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaqui)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00009 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0025012-49.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.025012-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

PARTE AUTORA : FERDINANDO VALENTIM BERTON e outro
: SONIA MARIA SANTI BERTON

ADVOGADO : LUCIO ALEXANDRE BONIFACIO e outro

PARTE RÉ : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para que fosse declarada a inexigibilidade dos débitos apontados como diferença de laudêmio e multa por atraso.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa

de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00010 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0028400-57.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.028400-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : JC PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MARIA BERNARDETE DOS SANTOS LOPES e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00284005720084036100 22 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a conclusão da transferência de imóvel (processo administrativo nº 04977.006995/2005-59), bem como que seja calculada a eventual diferença de laudêmio, possibilitando a transferência da titularidade.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. *Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.*

4. *Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.*

5. *Recurso especial não provido.*

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00011 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0032059-74.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.032059-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : OTAVIO CLAITON NASCIMBENI JUNIOR e outro
: CARLA MADRID MAGALHAES
ADVOGADO : VERA LUCIA DA SILVA NUNES e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando que a Secretaria de Patrimônio da União proceda ao cálculo de laudêmio e expeça certidão de aforamento e regularização de imóvel, finalizando o processo administrativo nº 04977.027917/2008-31.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso

do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00012 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0002635-50.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.002635-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : LINKTEL TELECOMUNICACOES DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : VALÉRIA CRISTINA DOS SANTOS SOUSA e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00026355020094036100 25 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando o processamento e a conclusão da Averbação de transferência de imóvel e atualização no sistema eletrônico dos dados cadastrais da impetrante como atual foreira a fim de possibilitar a emissão, via sistema eletrônico, da Ficha de Cálculo de Laudêmio e DARF para pagamento de laudêmio e posterior emissão da Certidão CAT.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**
2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.
3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.
4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaqui)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00013 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0003749-24.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.003749-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : MANUEL FERNANDO VIEIRA DIAS e outro
: ANA MARIA ALBERTINI DIAS
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00037492420094036100 10 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência do domínio útil, inscrevendo os impetrantes como foreiros responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**
2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.
3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.
4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00014 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0010589-50.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.010589-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : FABIANO FRANCISCATTI FARINA
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a conclusão de processo administrativo relativo ao pedido de transferência e a consequente inscrição do impetrante como foreiro responsável pelo imóvel descrito na inicial, bem como a expedição de certidão de aforamento.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da

Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinaram historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaqui)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**
2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.
3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.
4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaqui)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa

de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

00015 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0012637-79.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.012637-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : FERNANDO JOSE ARES Y GARCIA e outro
: REGIANE MENES ARES
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00126377920094036100 26 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência do domínio útil, inscrevendo os impetrantes como foreiros responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca da incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

00016 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0017883-56.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.017883-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : NICROM QUIMICA LTDA
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00178835620094036100 22 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo que visa a declaração de inexigibilidade dos débitos de diferença de laudêmio, com o consequente cancelamento da cobrança.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre

que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**
2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.
3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.
4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca da incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente

feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

00017 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0019021-58.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.019021-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : MOISE IESSOUA SOUSSI e outro
: CALLIOPE MOISE SOUSSI
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00190215820094036100 3 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência do domínio útil, inscrevendo os impetrantes como foreiros responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de

imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca da incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente

feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

00018 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0019455-47.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.019455-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : MC NUNES ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES S/A
ADVOGADO : ROBERTA NOGUEIRA COBRA TAFNER e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00194554720094036100 16 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência do domínio útil, inscrevendo os impetrantes como foreiros responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O laudêmio advém do instituto da enfiteuse, também conhecida como aforamento, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na enfiteuse o enfiteuta pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o laudêmio equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na enfiteuse administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o laudêmio ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o laudêmio não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de enfiteuse com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O laudêmio é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O laudêmio, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do laudêmio e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o laudêmio é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.
2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, **em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.**
2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.
4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.
5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaquei)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio **decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.**
2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.
3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.
4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.
5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaquei)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johonsom di Salvo
Relator

00019 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0024857-12.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.024857-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : MARIA APARECIDA RAMIRO MARTINS
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00248571220094036100 7 Vr SAO PAULO/SP

QUESTÃO DE ORDEM

Cuida-se de mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para compelir a autoridade impetrada a concluir processo administrativo de transferência do domínio útil, inscrevendo os impetrantes como foreiros responsáveis pelo imóvel descrito na inicial.

Sobre a matéria versada nestes autos o meu entendimento é o seguinte:

O *laudêmio* advém do instituto da *enfiteuse*, também conhecida como *aforamento*, figura jurídica de natureza perpétua, onde há o "senhorio direto", proprietário, e o "enfiteuta" (ou "foreiro"), pessoa que adquiriu o domínio útil do imóvel (que por ficção se destaca do domínio pleno) e se obrigou a pagar uma pensão anual (foro) àquele; na *enfiteuse* o *enfiteuta* pode alienar a terceiro o domínio útil do imóvel desde que antes consulte o senhorio direto, pois este tem preferência na retomada do domínio útil.

Os bens públicos da União Federal, como os terrenos de marinha e seus acrescidos, são regidos por uma legislação administrativa especial, que determina ser o *laudêmio* equivalente ao percentual de 5% sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, incluindo as benfeitorias nele existentes; somente os bens dos demais entes federativos, de particulares e da Igreja é que são regidos pelo Direito Civil. É certo que o Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas *enfiteuses*, mas manteve as já existentes com a disciplina e os meios de extinção do Código Civil de 1916.

Na *enfiteuse* administrativa (bens da União) o proprietário do imóvel é a União Federal que detém o domínio pleno sobre o bem, já que atribui a maior porção do domínio útil do imóvel a outrem, no papel do senhorio indireto que deixa de ter o domínio pleno. O "foreiro" goza de diversos direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de alienação do domínio útil. Porém, para exercer esse direito específico deverá pagar o *laudêmio* ao senhorio direto (União Federal).

Na verdade o *laudêmio* não é tributo. Trata-se de uma contraprestação pecuniária a que se obrigou o "foreiro" quando firmou o contrato de *enfiteuse* com a União Federal. A obrigação não nasce diretamente da lei (*ex lege*) como no caso do tributo pois tem origem contratual. O *laudêmio* é uma contraprestação vinculada ao contrato de transmissão do domínio útil do "foreiro" para um terceiro, depois que a União Federal não se interessa em retomar o domínio útil.

Não tem natureza de preço público e menos ainda de tarifa.

O *laudêmio*, que não se confunde com as taxas de ocupação de áreas públicas, só interfere nas transações de transmissão do domínio útil, sendo, por isso, episódico. Assim é que os Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade dos seus respectivos titulares, não lavrarão e nem registrarão escrituras relativas a bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a certidão da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) de quitação do *laudêmio* e demais obrigações porventura devidas junto ao órgão.

Conforme dito na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 23 DE JULHO DE 2007, "o *laudêmio* é a receita patrimonial correspondente à compensação que a União recebe pelo não exercício do direito de consolidar o domínio pleno sempre que se realize transação onerosa de transferência ou promessa de transferência do domínio útil ou da ocupação de imóvel da União", sendo sujeito passivo o alienante ou cedente; o pagamento obedecerá a alíquota de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno da União e das benfeitorias nele construídas.

Trata-se, portanto, de receita patrimonial da União diversa do tributo e de outras que incidam pelo uso, ocupação e arrendamento de bens públicos federais.

Importa destacar, mais uma vez, que envolve um contrato entre particulares mas que exige prévia postura da União (enfiteuta), avença que depende do prévio recolhimento de um valor em favor da União Federal pelo simples fato de a mesma não desejar retomar o domínio útil.

Sintetizando: o laudêmio é uma receita patrimonial da União, distinta da esfera de direito privado, decorrente de um ato administrativo pelo qual a União - enfiteuta - deixa de retomar o domínio útil de um bem imóvel de propriedade dela.

O laudêmio de bens federais não é regido pelo Direito Civil, não é permeado pelo direito privado.

É figura jurídica que nasce na verdade de dois atos administrativos: *primeiro*, a constituição da enfiteuse de bem público da União em favor de um particular; *segundo*, o ato da União de desinteresse em retomar o domínio útil e assim autorizar a transmissão desse domínio útil do "foreiro" para outrem. É, pois, a contraprestação sob forma de receita pública devida pelo "foreiro" alienante do domínio útil.

O quanto exposto encontra eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TERRENOS DE MARINHA - COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO - PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro.

2. Permite-se a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

2. Fixada a natureza jurídica da relação, prazos para cobrança das obrigações dela oriundas seguem as regras da decadência e da prescrição previstos no Direito Público.

4. Inexistindo regra própria até o advento da Lei n. 9.363/98, aplica-se a regra geral do art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, ou seja, o prazo quinquenal, em interpretação analógica, sendo inaplicável o Código Civil.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1044105/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009, destaqui)

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENOS DE MARINHA - DIREITO PATRIMONIAL - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 177, CC/16 - LEIS 9.636/98, 9.821/99, MP 152 E 10.852/04 - DECRETO-LEI 20.910/32 - ANALOGIA - EXISTÊNCIA DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA - APLICAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha são bens públicos que diferem da propriedade comum por se destinarem historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro, cuja ocupação mediante o pagamento de taxas e laudêmio decorre de uma relação de Direito administrativo entre a União e o particular.

2. Fixada a natureza do regime jurídico da taxa de ocupação, aplicam-se-lhe os prazos decadencial e prescricional previstos nas normas de Direito Público, já que no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio Sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.

3. Existência de norma jurídica de Direito Público idônea a suprir a lacuna normativa: art. 1º do Decreto-lei n. 20.910/32 para o prazo de cobrança executiva. Princípio da simetria. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/16, nos termos do art. 2038, § 2º, do CC/02.

4. Aplicação do prazo quinquenal de prescrição até o advento da Lei n. 9.363/98.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1044320/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 17/08/2009, destaqui)

Tudo isso reforça meu sentir acerca a incompetência da 1ª Seção para apreciar casos como o presente, pois não tenho como alojar no § 1º do artigo 10 do Regimento Interno a execução de receita patrimonial da União Federal que nada tem a ver com o direito privado, restando convicto da competência da 2ª Seção; nesse âmbito, penitencio-me porque anteriormente e sem maiores reflexões admiti-me competente para apreciar matéria decorrente de enfiteuse, foro e taxa de ocupação, fazendo-o equivocadamente porquanto tudo isso deriva de regras de direito público, matéria de competência da 2ª Seção.

Ante o exposto, na forma do artigo 33, III, do Regimento Interno desta Corte Regional, **suscito a presente questão de ordem para o fim de ser reconhecida a incompetência da 1ª Seção, 1ª Turma**, para conhecer e julgar o presente feito, remetendo-o para a 2ª Seção. Dispensada a lavratura de acórdão nos termos do art. 84, parágrafo único, inciso IV c/c o art. 86, §2º, ambos do Regimento Interno desta Corte.

Johansom di Salvo
Relator

Expediente Nro 7302/2010

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0004993-65.2003.4.03.6110/SP
2003.61.10.004993-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : BENEDITO GOUVEA FILHO

ADVOGADO : FERNANDO DE FREITAS GIMENES e outro

APELADO : Justica Publica

DECISÃO

A defesa, mais uma vez, pugnou pela suspensão da ação penal que apura a prática do crime do artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, juntando *recibo da declaração de inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009*, emitido pela PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (fls. 1532/1536).

A pedido da acusação, oficiou-se à PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL em Sorocaba/SP, que, em 23/9/2010, informou que o parcelamento encontra-se em fase de **consolidação** (fls. 1538, 1540, 1544 e 1546/1549).

Diante deste fato, a PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA opinou pela suspensão da pretensão punitiva, pelo tempo em que a empresa permanecer no programa de parcelamento (fls. 1552).

Decido.

Comprovado que a totalidade dos débitos do apelante BENEDITO GOUVEIA FILHO foram incluídos no programa de parcelamento especial previsto na Lei nº 11.941 de 27/5/2009, **defiro a suspensão da pretensão punitiva estatal e do curso da prescrição criminal**, com fulcro no artigo 68 do referido diploma legal, a saber:

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 / Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

A suspensão do feito terá seu termo inicial retroativo a **10/6/2010**, data da inclusão dos débitos no programa de parcelamento (fls. 1534/1536), e perdurará pelo tempo que a empresa permanecer no mesmo.

Os autos deverão ser remetidos ao r. Juízo "a quo" onde a Defesa do réu deverá **comprovar**, mês a mês, que está "em dia" com o parcelamento; concluído o mesmo ou caso haja notícia idônea de rompimento do parcelamento, caberá ao Juízo encaminhar-nos os autos novamente.

Dê-se baixa.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00002 HABEAS CORPUS Nº 0032558-54.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032558-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

IMPETRANTE : JOSE CARLOS DIAS

: MAURICIO DE CARVALHO ARAUJO

: PHILIPPE ALVES DO NASCIMENTO

PACIENTE : YOSHIYUKI UONO

: CARLOS KENZO NAWA

: JULIO SUZUKI SATO

ADVOGADO : JOSE CARLOS DIAS

IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA CRIMINAL SAO PAULO SP

CO-REU : HAJIMU KURAMOCHI

: KEIZO UEHARA
: KOHEI DUENDA
: YUTACA YOSHIDA

No. ORIG. : 1999.61.81.002022-9 6P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de Habeas Corpus em favor de YOSHIYUKI UONO, CARLOS KENZO NAWA E JULIO SUZUKI SATO, objetivando o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente, pela prescrição da pretensão da Ação Penal nº 1999.61.81.002022-9, em tramite perante o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

Sustenta o impetrante que entre a publicação da sentença condenatória de primeiro grau (07.02.2002) e o trânsito em julgado desta decisão (16.08.10) decorreu o prazo prescricional previsto no art. 109, IV, do Código Penal, motivo pelo qual deve ser reconhecida a causa de extinção da punibilidade.

Relatados, decido.

Consta dos autos que a sentença julgou parcialmente procedente a denuncia para condenar os pacientes e outros co-autores à pena privativa de liberdade de 2 anos e 11 meses de reclusão e ao pagamento de 14 dias-multa, pela pratica do delito tipificado no art. 17 da Lei 7.492/86 c/c art. 71 do Código Penal. A sentença foi publicada em 07/02/2002 e transitou em julgado para o Ministério Público em 05.03.2002.

Verifico ter ocorrida a prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena concretamente imposta na sentença condenatória que foi confirmada por acórdão da 1ª Turma deste Tribunal. A reprimenda de 2 anos e 11 meses de reclusão prescreve 8 anos, nos termos do art. 109, inc.IV, do Código Penal, prazo que restou ultrapassado, desde a data da publicação da sentença condenatória que transitou em julgado para a acusação, em 07.02.2002 (fls. 36) até o trânsito em julgado no Superior Tribunal de Justiça em 16.08.2010 (fls. 47/49).

Como é cediço, o acórdão confirmatório da condenação não tem o condão de interromper o fluxo do prazo prescricional, conforme se depreende do disposto no art. 117, IV do Código Penal que não o prevê expressamente como causa interruptiva da prescrição .

Veja-se o seguinte acórdão:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". RAZÕES DE APELAÇÃO: NÃO OFERECIMENTO EM 2. GRAU. DEFENSOR INTIMADO REGULARMENTE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CPP, ART. 600, PAR 4. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO.

(..)

II. acórdão que confirma sentença condenatória de primeiro grau não interrompe a prescrição (precedentes do STF; HC 48.351-SP, Relator Min. Adalicio Nogueira, RTJ 57/538; HC 61.210-AL, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 117/67 e HC 68.321-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 134/1208).

III. Ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

IV. HC deferido". (STF HC 48351 REL Carlos Velloso RTJ 131/664).

Posto isto, **defiro a liminar para suspender a execução da pena até julgamento final deste writ.**

Comunique-se com urgência o Juízo impetrado.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 26 de outubro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00003 HABEAS CORPUS Nº 0032985-51.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032985-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

IMPETRANTE : FERNANDO AUGUSTO FERNANDES

: ANDERSON BEZERRA LOPES

: RICARDO SIDI

: RENATO SILVESTRE MARINHO

: THIAGO ANDRADE

PACIENTE : PAULO CEZAR FELIPE

ADVOGADO : ANDERSON BEZERRA LOPES

IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA CRIMINAL SAO PAULO SP

No. ORIG. : 00003804120074036181 6P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de PAULO CEZAR FELIPE, contra ato do MM. Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo, objetivando a dispensa da sua oitiva como testemunha de defesa em ação penal, da qual originou outra investigação policial em face do paciente.

Às f. 55/56, o impetrado informou que foi homologado pedido de substituição da oitiva do paciente pelo depoimento do Delegado de Polícia Federal Daniel Nunes.

Face a tais informações, deixou de existir interesse na concessão da ordem por perda de seu objeto.

Posto isto, com fundamento no artigo 659 do Código de Processo Penal, julgo prejudicada a presente ordem de habeas corpus.

Comunique-se. Intime-se.

Certificado o trânsito em julgado e observadas as demais formalidades legais, arquivem-se os autos, dando-se baixa na Distribuição.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00004 HABEAS CORPUS Nº 0033693-04.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033693-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
IMPETRANTE : JOSE CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS
PACIENTE : JOSE CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSE CARLOS BUENO DE QUEIROZ SANTOS
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
CO-REU : CARLOS EDUARDO FERREIRA
: EDSON MOURA
: EDSON MOURA JUNIOR
: CARLOS ALBERTO MACEDO BARBOSA
: ERNESTO DONIZETE MODA
: ARTHUR AUGUSTO CAMPOS FREIRE
No. ORIG. : 00233484720084030000 1 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado por JOSE CARLOS BUENO DE QUEIROZ DOS SANTOS, em seu próprio favor, destinado ao trancamento da ação penal nº 0023348-47.2008.403.0000, que tramita perante a 1ª Vara Federal de Campinas/SP e apura a prática do delito descrito no artigos 288 do Código Penal.

Postula o impetrante o trancamento da ação penal, em razão de inexistência de justa causa para o prosseguimento desta, tendo em vista a ausência de prova da materialidade do delito, bem como a inépcia da inicial.

Relatados, decido.

A denúncia descreve conduta tida, em tese, como criminosa, estando em perfeita consonância com o art. 41 do C. Pr. Penal, narrando fatos objetivos e concretos, de modo a permitir a defesa do paciente.

Da análise da peça acusatória, depreende-se que há exposição clara e objetiva dos fatos que se subsumem à figura típica já descrita, com prova da materialidade e indícios de autoria. Agora, se tais fatos e circunstâncias são verdadeiros, se aconteceram da maneira como narrada na denúncia, são questões a serem resolvidas na ação de conhecimento, ocasião em que, acusação e defesa, utilizando dos meios disponíveis, provarão os fatos discutidos no processo.

O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, em sede de *habeas corpus*, somente é possível quando se verifica de pronto a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a inexistência de indícios de autoria ou materialidade, circunstâncias que não foram evidenciadas no presente caso.

Portanto, os elementos probatórios devem ser submetidos ao livre convencimento motivado do juiz da causa para, no devido processo legal, emitir um juízo de certeza acerca da subsunção do fato ao tipo. (HC 96581/SP, Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02.04.09).

No mais, o impetrante trouxe aos autos versão dos fatos diversa daquela narrada na denúncia, afirmando que o paciente não praticou nenhuma das condutas descritas, pois afirma que não há qualquer indício e nem mínima prova de que tivesse ciência de tais fatos, muito menos fosse o responsável por eles ou que tenha deles participado.

Todavia, não é possível, nesta via, aferir a veracidade de uma ou de outra versão, até mesmo porque a instrução penal, na fase judicial, sequer foi encerrada.

Vencida a fase mencionada, o conteúdo probatório deverá ser valorado por ocasião da sentença, pela instância competente.

Se o paciente praticou ou não a conduta, se agiu com ou sem dolo, se os fatos deram-se desta ou daquela maneira, nada disso comporta controvérsia no âmbito do *habeas corpus*. Trata-se de questões a serem dirimidas ao longo da instrução penal. (HC 26259/PI, RHC 10485/SP, Rel. Min. Gilson Dipp)

Na esteira desses precedentes, não há como acolher-se a alegação de que o paciente não cometeu qualquer ilícito penal, pois a via eleita do *writ* não se presta análises profundas a respeito de fatos e provas.

Com efeito, no âmbito da cognição sumária cabível na sede liminar, entendo ausente o *fumus boni iuris* na pretensão cautelar.

Posto isto, INDEFIRO A LIMINAR.

Requisitem-se informações à autoridade impetrada, no prazo de 5 (cinco) dias.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00005 HABEAS CORPUS Nº 0035186-16.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.035186-9/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
IMPETRANTE : EDGAR CALIXTO PAZ
PACIENTE : MARIA DO SOCORRO ARAUJO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : EDGAR CALIXTO PAZ
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE CAMPO GRANDE MS
CO-REU : MAHMUD DA SILVA DEGAICHE
: CLEBER SEBASTIAO DA SILVA MAGALHAES
: DANIEL GOMES DA SILVA
: MARILEINE GOUVEIA DA ROSA GOMES
: JULIANY DA ROSA CANCELAO
: RENATO VILALVA DA ROSA
: ROSANGELA MARCIA VILALVA
: ADILSON TEIXEIRA ALECRIM
No. ORIG. : 00046211420104036000 5 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARIA DO SOCORRO ARAÚJO DA SILVA**, presa preventivamente em 15 de junho de 2010 pela prática, em tese, dos crimes capitulados nos artigos 33, *caput*, artigo 35, *caput*, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, combinado com o artigo 69 do Código Penal, destinado a fazer cessar o constrangimento ilegal decorrente do excesso injustificado de prazo para a

conclusão da instrução criminal nos autos da ação penal nº 0004621-14.2010.4.03.6000 em curso pelo Juiz Federal da 5ª Vara Criminal de Campo Grande/MS.

A impetração veio instruída com os documentos de fls. 22/42.

Vieram as informações solicitadas ao Juízo impetrado, acompanhadas de documentos (fls. 47/49).

É o relatório.

Decido.

Não considero caracterizado o alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.

Segundo o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, o excesso de prazo "*deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais*". (STJ, HC 76.205/PI, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje 18.05.2009).

No mesmo sentido anoto recente julgado, *verbis*:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEMORA EXCESSIVA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. FEITO QUE TEM REGULAR PROCESSAMENTO. ORDEM DENEGADA.

1 - Na análise da alegação de excesso de prazo da custódia cautelar não devemos nos ater tão somente à ultrapassagem dos prazos determinados no Código de Processo Penal, sendo de rigor considerarmos a complexidade do feito e o comportamento das partes, observado o princípio da razoabilidade.

2 - Embora a prisão perdure há dois anos (réu preso em 30/1/2008 e pronunciado em 13/1/2009), não há como reconhecer a excessiva demora no julgamento pelo Tribunal do Júri, pois a ação penal tem regular processamento, não havendo qualquer desídia por parte do órgão julgador, decorrendo o atraso dos pedidos de diligências formulados pela acusação e pela defesa.

3 - Habeas corpus denegado, com recomendação que se imprima ao feito a maior celeridade possível.

(STJ, HC 150.792/PE, Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador Convocado do TJ/CE - 6ª Turma, DJe 08/03/2010)

No presente caso, aspectos singulares do evento, aliados a complexidade do crime de narcotraficância transnacional apurado e da própria organização envolvida em seu cometimento, justificam a eventual exasperação da mera contagem aritmética de dias em direção a conclusão da instrução criminal.

Na especificidade do caso, a paciente foi presa preventivamente em 15 de junho de 2010 quando da deflagração da operação policial denominada DAMASCO, pela suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, 35, *caput* e 40, inciso I, todos da Lei nº 11.343/2006.

O Ministério Público Federal ofertou a denúncia em 22 de julho de 2010.

Em 02 de agosto de 2010 o Juiz *a quo* determinou a notificação da paciente e de **outros sete acusados** para a apresentação de defesa prévia, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do artigo 55, da Lei nº 11.343/2006.

A paciente foi notificada para apresentar defesa preliminar em 06 de agosto de 2010, apresentando-a em 19 de agosto de 2010. A última defesa preliminar foi apresentada em 18 de novembro de 2010.

Segundo consta na peça informativa, atualmente a ação penal está na conclusão para análise das defesas preliminares e, conseqüentemente, o recebimento ou não da denúncia.

Diante deste contexto, forçoso convir que a alegada demora na conclusão da instrução criminal não deriva da vontade do julgador ou da inércia da máquina judiciária, tampouco de condutas do Ministério Público Federal, mas sim decorre das peculiaridades que envolvem a finalização da instrução criminal, sendo absolutamente razoável o prazo transcorrido até o presente momento.

Nesse mesmo sentir é a jurisprudência que se colaciona no STF, *verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE

PROCESSUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESSA PARTE, DENEGADA.

I - A questão relativa à ausência de fundamentação para o indeferimento da liberdade provisória não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes.

II - É justificável eventual dilação no prazo para encerramento da instrução processual quando se trata de ação penal complexa e o excesso de prazo não decorra da inércia ou desídia do Poder Judiciário. Precedentes.

III - Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.

(HC nº 100.471/SP, 1ª Turma, j. 02/03/2010, rel. Min. Lewandowski)

Ainda nesse aspecto convém aduzir o seguinte excerto da ementa do HC nº 97.299/RJ, j. em 15/12/2009 pela 2ª Turma do STF, relª Minª Ellen Gracie, verbis: *razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos.*

Finalmente, deve-se ter em linha de conta que a paciente responde pelo delito do artigo 35 da Lei de Drogas que é *crime de concurso necessário* e por isso mesmo a situação dela se imbrica com a dos demais acusados, tudo conduzindo a processo e julgamento conjunto.

Pelo exposto, **indefiro o pedido liminar.**

Comunique-se ao d. juízo de origem.

Ao Ministério Público Federal, para a necessária intervenção e, na seqüência, tornem conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johanson di Salvo

Desembargador Federal

00006 HABEAS CORPUS Nº 0035623-57.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035623-5/SP

RELATORA : Juíza Convocada SILVIA ROCHA
IMPETRANTE : JOSE ROBERTO ZAMARIOLA
PACIENTE : VALMIR EDNER PAULINO reu preso
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO ZAMARIOLA
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00139433420104036105 1 Vr CAMPINAS/SP

DESPACHO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por José Roberto Zamariola em favor de VALMIR EDNER PAULINO, contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara de Campinas-SP, que, nos autos do Inquérito Policial nº 0013943-34.2010.4.03.61, deferiu o pedido do Ministério Público Federal para dilação de prazo para o encerramento do inquérito policial, enquanto aguarda a vinda do laudo pericial definitivo.

Segundo a inicial, o paciente encontra-se preso em flagrante desde 11.10.2010, por suposta transgressão ao artigo 33, *caput*, c. c. o artigo 40, inciso I, ambos da Lei n. 11.343/06, e ao artigo 273, *caput* e §1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, em razão do injustificado excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, a eivar de ilegalidade a manutenção da segregação cautelar

Requer o impetrante a concessão da ordem para relaxar a prisão em flagrante, expedindo-se o competente alvará de soltura.

É o breve relatório.

Decido.

À vista da ausência de pedido liminar, requisitem-se informações à autoridade impetrada, a ser instruída com cópias das principais peças processuais.

Após, remetam-se os autos com vista ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
SILVIA ROCHA
Juíza Federal Convocada

00007 HABEAS CORPUS Nº 0035752-62.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.035752-5/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
IMPETRANTE : JACENIRA MARIANO
PACIENTE : NIVALDO APARECIDO BONETTI
ADVOGADO : JACENIRA MARIANO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PONTA PORA - 5ª SSJ - MS
No. ORIG. : 00010346620104036005 1 Vr PONTA PORA/MS
DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **NIVALDO APARECIDO BONETTI**, denunciado pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 33, *caput*, artigo 35, *caput c/c* artigo 40, inciso I e V, da Lei nº 11.343/06, destinado a fazer cessar o suposto constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo Juiz Federal da 1ª Vara de Ponta Porã/MS que, nos autos da ação penal nº 001034-66.2010.4.03.6005, julgou **improcedente a exceção de incompetência da Justiça Federal**.

Em síntese, o impetrante pugna pelo deferimento de medida liminar e posterior concessão da ordem para viabilizar o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal por *não considerar comprovada a transnacionalidade* do delito de tráfico de drogas, pugnando pela remessa do feito à Justiça Estadual em Ponta Porã/MS, onde a ação penal nº 019.09.005985-7 tramita contra Thiago André Comboski Ritter pelos mesmos fatos.

A impetração veio acompanhada dos documentos de fls. 08/44.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que a Polícia Federal, ao dirigir complexa investigação policial - a denominada *Operação Arremesso* - identificou, a partir de extensa interceptação telefônica e prisões em flagrante, a existência de uma organização criminosa especializada no tráfico de entorpecentes na região de fronteira, em especial, entre as cidades de Ponta Porã/MS, Pedro Juan Caballero/PY, Coronel Sapucaia/MS e Capitan Bado/MS.

Conforme informações colhidas ao longo da investigação, há indicativos de que o paciente seria um dos responsáveis pela remessa de drogas de origem paraguaia ao território brasileiro, colaborando com Leonardo Pereira Toldo, traficante de drogas atuante na região de fronteira.

Por tal razão, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia, tendo sido o paciente denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, artigo 35, *caput c/c* artigo 40, inciso I e V, da Lei nº 11.343/06.

No caso, pretende o impetrante o reconhecimento da competência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito eis que o tráfico de entorpecentes não seria internacional.

Todavia, não é possível, até o momento, pelos elementos que constam dos autos, fazer tal afirmação.

Consoante o teor da decisão combatida na presente impetração, "*foram constatados fortes e suficientes indícios da sua participação no tráfico internacional de drogas/associação - o que exsurge da individualização das condutas sintetizadas pela i. autoridade policial federal através das investigações, pesquisas, interceptações telefônicas, apreensão de drogas e prisão em flagrante*".

Consta ainda da decisão atacada (fls. 37/39):

"*Verifica-se, assim, como dito há pouco, a presença de indícios seguros de que o acusado NIVALDO, juntamente com o "CHEFE", ainda não identificado, e os demais denunciados nos autos dos IPL's 62, 63 e 64/2010-DPF/PPA/MS*

(instaurados a partir da deflagração da OPERAÇÃO ARREMESSO), em tese, **negociam, internam e distribuem, reiteradamente, grande quantidade de drogas em território pátrio.**

Nessa esteira, a denúncia (ação penal 0001034-66.2010.403.6005), *acentua que o excipiente, ainda que indiretamente, integrava a quadrilha responsável pelo envio de aproximadamente 08 TONELADAS DE MACONHA, 88 QUILOS DE COCAÍNA, 5 QUILOS DE CRACK E MAIS 28 QUILOS HAXIXE, de origem estrangeira, apreendidas no BRASIL durante a Operação ARREMESSO, pois mantinha contatos com alguns de seus componentes, tanto que passou a ser monitorado (fls. 141).*

(...)

Deixo de avocar os autos da Ação Penal 019.09.005985-7 (IPL nº 359/2009-DPF/PPA/MS), instaurada em desfavor de THIAGO COMBOSKI RITTER, vez que já sentenciada (Art. 82, 2ª parte, do CPP). Vale notar, outrossim, que o referido preso/sentenciado sequer figura como denunciado ou integrante de organização criminosa tratada neste feito. Diante do exposto e por mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente exceção da incompetência."

Havendo sérios indícios da transnacionalidade do delito de tráfico de entorpecentes - no caso oriundos do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas - cabe à Justiça Federal processar e julgar a ação proposta em desfavor da paciente, de acordo com o disposto no artigo 109, inciso IV da Constituição Federal e artigo 70 da Lei nº 11.343/2006.

Entender em sentido contrário, como quer o impetrante, demandaria impreterivelmente cotejo minucioso de matéria fático-probatória - especialmente de todo o conteúdo das interceptações telefônicas - o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TRANSNACIONALIDADE. APRESENTAÇÃO DE FUNDADOS INDÍCIOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de origem apresentou suficientes fundamentos para justificar a preservação da competência do Juízo Federal em razão da transnacionalidade do delito.

2. De mais a mais, para se afastar essa conclusão, firmada pelas instâncias ordinárias, seria indispensável o revolvimento do conjunto probatório, o que é vedado na via eleita.

3. Ordem denegada.

(HC 112.841/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009)

Pelo exposto, **indefiro o pedido liminar.**

Comunique-se ao d. juízo de origem.

Ao Ministério Público Federal, para a necessária intervenção e, na sequência, tornem conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00008 HABEAS CORPUS Nº 0035914-57.2010.4.03.0000/MS

2010.03.00.035914-5/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

IMPETRANTE : CACILDO BAPTISTA PALHARES

PACIENTE : ANA LUCIA PITARO ANDRETO

ADVOGADO : CACILDO BAPTISTA PALHARES e outro

IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TRES LAGOAS Sec Jud MS

CO-REU : CARLOS ROBERTO FEDOSSO

: LEOLINDO BARBOSA DE OLIVEIRA

: ATHAIR MARIANO DE QUEIROZ

No. ORIG. : 00005838620064036003 1 Vr TRES LAGOAS/MS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **ANA LÚCIA PÍTARO ANDRETO**, destinado a fazer cessar o suposto constrangimento ilegal decorrente de ato praticado pelo Juiz Federal da 1ª Vara de Três Lagoas/MS que, nos autos da ação penal autuada sob o nº 0000583-86.2006.4.036003, recebeu a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal em cujo bojo foi imputada a prática do crime tipificado no artigo 171, § 3º do Código Penal.

Em síntese, o impetrante requer o deferimento de medida liminar para sobrestar o andamento do feito e, definitivamente, a concessão da ordem para trancar a ação penal consoante as seguintes razões:

a) a tipificação jurídica errônea do delito narrado na denúncia, eis que conduta imputada aos pacientes, por força do *princípio da especialidade*, se enquadraria no artigo 1º, IV, da Lei 8.137/90.

b) reconhecida a nova capitulação jurídica, inexistiria justa causa para a instauração da ação penal tendo em vista que o crime contra a ordem tributária, nos termos da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário.

A impetração veio acompanhada dos documentos de fls. 08/44.

É o relatório.

Decido.

Na hipótese dos autos foi a paciente denunciada pela prática, em tese, do crime capitulado no artigo 171, § 3º do Código Penal porque teria **emitido recibos ideologicamente falsos** de prestação de serviços de fisioterapia em favor de **Carlos Roberto Fedossi** (também denunciado), viabilizando a supressão de valor de tributo devido (restituição de imposto de renda).

Consta da denúncia:

"Em meados do ano de 2002, o denunciado CARLOS ROBERTO FEDOSSO, intencionando suprimir valor de tributo devido e, ainda, obter, mediante a apresentação de recibos de despesas médicas e odontológicas ideologicamente falsos, vantagem indevida, consistente em restituição de imposto de renda, procurou os co-denunciados ANA LÚCIA PÍTARO ANDRETO, (à época fisioterapeuta), LEOLINDO BARBOSA DE OLIVEIRA (à época dentista) e ATHAIR MARIANO DE QUEIROZ (à época dentista), propondo-lhes que emitissem recibos ideologicamente falsos, consistente a falsidade na prestação de serviços em suas áreas de especialidade.

Ao procurar a denunciada ANA LÚCIA PÍTARO ANDRETO, conforme declaração de fl. 177, ofereceu o valor de 2,75% sobre o valor de cada um dos recibos a serem por ela preenchidos, dando conta da prestação de serviços que jamais haveriam de ser prestados. A denunciada ANA LÚCIA PÍTARO ANDRETO, com consciência de que os recibos se destinavam à supressão indevida de imposto de renda devido pelo denunciado CARLOS ROBERTO, bem assim à obtenção de restituição mediante fraude, decidiu-se ainda assim por prestar auxílio a ele. Emitiu, então, os recibos de fls. 40/45, mediante a declaração falsa de informação juridicamente relevante para fins de cálculo de imposto de renda, qual seja, a prestação de serviços fisioterápicos ao denunciado CARLOS ROBERTO FEDOSSO. Mediante a declaração de fl. 177, Ana Lúcia admitiu:

"esclareço desde já, que em relação ao pedido de apresentação do prontuário do suposto atendimento realizado no ano de 2001, do Sr. Carlos Roberto Fedossi, o mesmo não existe ou seja, não realizei atendimento algum por essa pessoa. No ano de 2002, não me recordo a data precisa, o Sr. Carlos Roberto Fedossi, se dirigiu até a minha residência (...) dizendo que conseguiu a informação na faculdade onde estudei, que ali poderia encontrar fisioterapeutas recém-formadas, pois necessitava de recibos do ano de 2001, para abater impostos em sua declaração de imposto de renda. "Ele então me ofereceu o pagamento no valor de 2,75% (dois vírgula setenta e cinco por cento), sobre o valor dos recibos que ele queria, dizendo que poderia passar a ele os recibos, que não teria nenhum problema para mim..."

(...)
Obteve, assim, com auxílio dos co-denunciados ATHAIR MARIANO QUEIROZ, LEOLINDO BARBOSA DE OLIVEIRA E ANA LÚCIA PÍTARO ANDRETO, vantagem ilícita, mediante fraude, no importe de R\$ 14.318,88 (catorze mil, trezentos e dezoito reais e oitenta e oito centavos). O valor total da restituição foi depositado na conta corrente do denunciado CARLOS ROBERTO em 15.08.2002 (fl. 201).

Assim agindo, os denunciados CARLOS ROBERTO FEDOSSO, ATHAIR MARIANO QUEIROZ, LEOLINDO BARBOSA DE OLIVEIRA e ANA LÚCIA PÍTARO ANDRETO incorreram nas penas do artigo 171, §3º, c.c. artigo 29, todos do Código Penal."

Em princípio não é dado ao réu "escolher" em qual dispositivo da lei penal "deseja" ser processado.

Ainda mais quando essa pretensão se faz no sentido de se eleger um dispositivo legal muito mais benéfico.

É prerrogativa processual do Ministério Público no momento de ofertar a denúncia proceder a capitulação penal provisória dos fatos que atribui ao réu. Nesse sentido colhe-se recente decisão da 1ª Turma do STF: "*Fica resguardada a competência do Ministério Público de dar ao fato a capitulação que achar de direito quando ofertar a denúncia*" (RE 497.170/SP, j. 13/5/2008, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Trata-se de tipificação provisória, que pode ser alterada antes da sentença, especialmente em face do que dispõem os arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal. É que o acusado se defende de fatos e não do artigo incriminador provisoriamente posto na denúncia, sendo que até mesmo o *Parquet* pode proceder a correção da capitulação inicialmente deduzida na peça de acusação (STJ: REsp 710.522/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010 - HC 84.962/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 19/11/2007 p. 259).

Tanto é assim que o próprio Juiz *a quo*, ao receber a denúncia, assinalou:

"Os fatos narrados, entretanto, amoldam-se mais ao tipo penal previsto no art. 1º, inc. IV, da Lei nº 8.137/1990. Contudo, não compete a este Juízo alterar a capitulação legal constante da denúncia, sob pena de usurpar função atribuída constitucionalmente ao Parquet, devendo-se resolver eventual concurso aparente de normas por ocasião da sentença, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal. Como os fatos subsumem-se a ambos os tipos penais, e considerando que os acusados defendem-se dos fatos que lhes são imputados, entendo que a denúncia pode ser recebida."

Com efeito, o que não se pode fazer é alterar a capitulação acusatória inicial em sede de cognição sumária de *habeas corpus* - sem que se verifique escancarado erro de direito que sustente possa ser recebida a denúncia com a tipificação adequada à imputação fática veiculada a fim de se resguardar, v.g., a competência e o rito processual adequados - porque tanto a *emendatio libeli* quanto a *mutatio libeli* exigem apreciação de fatos e, no segundo caso, também de provas; no âmbito do Código de Processo Penal há momentos específicos para que esses juízos valorativos sejam feitos, e certamente não será no âmbito restrito do *mandamus* que o Tribunal haverá de incursionar sobre matéria fática para resolver a questão da tipificação dos fatos.

Nesse sentido, decidi recentemente a 1ª Turma do STF que "*Não é possível, na via do habeas corpus, fazer incursão sobre a correta tipificação dos fatos imputados ao paciente na ação penal objetivando desclassificar o crime de uso de documento falso (art. 315 do CPM) para o de estelionato (art. 171 do CP)*" (HC nº 98.526/RS, j. 29/6/2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Pelo exposto, **indefiro o pedido liminar.**

Comunique-se ao d. juízo de origem.

Ao Ministério Público Federal, para a necessária intervenção e, na seqüência, tornem conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00009 HABEAS CORPUS Nº 0035958-76.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.035958-3/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
IMPETRANTE : CARLOS CHAMMAS FILHO
: MARCUS VINICIUS DE ANDRADE
: FELIPE TORRES MARCHIORI
PACIENTE : ROQUE FABIANO SILVEIRA reu preso
ADVOGADO : CARLOS CHAMMAS FILHO
CODINOME : ROQUE FABIANO DA SILVEIRA
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE NAVIRAI > 6ª SSJ> MS
No. ORIG. : 00015466920074036000 1 Vr NAVIRAI/MS
DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ROQUE FABIANO SILVEIRA**, objetivando o trancamento da ação penal nº 0001546-69.2007.4.03.6000, em trâmite na 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, que apura a prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal.

Em síntese, o impetrante sustenta a inépcia da inicial acusatória por considerá-la demasiadamente genérica, sem conter a descrição detalhada da conduta imputada ao paciente e dados precisos quanto ao crime de homicídio supostamente perpetrado, tal como *o local, a data e a maneira de execução*. Por tal razão, pugna pelo deferimento de medida liminar para suspender o trâmite da ação penal e, definitivamente, a concessão da ordem para viabilizar o trancamento do feito.

A impetração veio instruída com os documentos de fls. 22/36.

É o relatório.

Decido.

Não vislumbro o alegado constrangimento ilegal na existência da ação penal promovida em face do paciente.

Diversamente do que sustenta o impetrante, encontra-se presente o *quantum satis* para o ajuizamento e prosseguimento da ação penal, não se tratando de hipótese de inépcia da denúncia.

Segundo a inicial acusatória o Técnico da Receita Federal Carlos Renato Zamó foi assassinado em 27 de outubro de 2006 como medida de retaliação contra a operação da polícia federal denominada *Bola de Fogo* que viabilizou a identificação de organizações criminosas que atuam na região de fronteira do Paraguai com o Brasil, associadas para a prática de diversos crimes, dentro os quais o contrabando, a sonegação fiscal, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica, evasão de divisas e assassinatos.

Narra a denúncia que o paciente, um dos líderes de organização criminosa encravada na região fronteira do Mato Grosso do Sul, seria o principal interessado na morte de Carlos Renato Zamó que, de um corrompido Técnico da Receita Federal, transmutou-se em "informante" da polícia em relação a atividades ilícitas de organizações criminosas especializadas no contrabando de cigarros.

Da denúncia, extrai-se, no que interessa, os seguintes fatos:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 27.10.2006, por volta das 20h30, foi avistado, por Carlos Piva Raimundo, quando se deslocava de Eldorado à Iguatemi, pela rodovia MS 295, a aproximadamente 15 km de Iguatemi, uma camionete em chamas fora da rodovia.

Uma vez acionados, os policiais militares de Iguatemi-MS, Sargento Cláudio Jair Guckert e Soldado Luciano dirigiram-se ao local e depararam-se com uma camionete S-10, placas HSL0357, de Mundo Novo-MS, estacionada fora da estrada e totalmente em chamas. À medida que as chamas foram se apagando, pôde ser constatado que no seu interior, no lado do passageiro, havia o corpo de uma pessoa totalmente carbonizado. Checada a placa do veículo, verificou-se que a referida camionete estava em nome de Carlos Renato Zamó, Técnico da Receita Federal, lotado no Posto Leão da Fronteira em Mundo Novo-MS.

De todos os depoimentos colhidos no curso da investigação e das demais provas carreadas aos autos, constata-se que o Técnico da Receita Federal Carlos Renato Zamó, quando do retomo de sua licença, sem remuneração, que o manteve afastado das funções por pouco mais de três anos, passou a intensificar a fiscalização exercida sobre as carretas e caminhões que transportavam cigarros contrabandeados do Paraguai.

Essa atitude de Zamó passou a incomodar os líderes da Organização Criminosa especializada na introdução clandestina de cigarros contrabandeados do Paraguai no território nacional, sendo eles ROQUE FABIANO SILVEIRA, vulgo "ZERO-1" e Alcides Carlos Grejiamin, vulgo "Polaco de Eldorado".

O depoimento prestado por Volnir Hoffmann, Técnico da Receita Federal em Mundo Novo, conhecido como "Polaco da Receita", às fls. 57/58 do Apenso I, Vol. I e às fls. 105/108-IPL, confirma o que acaba de ser dito, tendo o mesmo afirmado que Zamó dizia na presença de todos que ele comandava todo o contrabando da região e tinha a chave da fronteira e que inclusive trafegava sozinho pela madrugada na linha internacional desde Mundo Novo até Sete Quedas. Mencionou também que ultimamente Zamó estava tirando xerox de documentos de suspeitos de tráfico de entorpecentes e de contrabando, bem como comentava que tinha 'uma zica com um cidadão no Paraguai e se trombasse com o mesmo iria matar ou morrer', mas disse não saber informar quem era essa pessoa".

A conduta de Zamó, ao que tudo indica foi motivada para obtenção de incremento na propina que recebia dos contrabandistas para que as carretas com cigarros pudessem atravessar a fronteira do Brasil com o Paraguai livremente.

As declarações prestadas por Aílton Batista Ramos, ouvido às fls. 319/320-IPL, corroboram esse fato, tendo o mesmo dito que havia conversado com Zamó pouco antes dele ser assassinado e lhe desencorajado a continuar a querer derrubar os contrabandistas "Polaco" e ROQUE porque eles eram perigosos, assim como afirmou que Zamó queria

um aumento na sua propina de R\$ 40.000,00 mensais que costumava receber deles para permitir a passagem de carretas com cigarros.

O envolvimento de Zamó com a referida Organização Criminosa pode ser extraído dos diversos depoimentos colhidos nos autos de inquérito policial, que demonstram, inclusive, que no período em que esteve de licença, Zamó trabalhou com a família Balan, notórios contrabandistas de cigarros da região. Além disso, no dia em que foi assassinado, Pedro Luiz Balan o procurou em sua residência e lhe deixou um bilhete pedindo para que lhe procurasse com urgência, o que corrobora a ligação de Zamó à ORCRIM.

Esses fatos são confirmados pelo depoimento de Roselei Haubricht dos Santos, conhecida como "Zilei", que trabalhava na casa de Zamó há mais de 10 anos. Em suas declarações (fls. 28/29, Apenso I, Vol. I e fls. 76/78-IPL) consta que no dia da morte de Zamó, uma pessoa que ela não conhecia apareceu por volta das 8h30, na residência de Zamó, procurando-o. Como ele estava dormindo, esse senhor lhe deixou um bilhete (fls. 48 do Apenso I, VQLI) com os seguintes dizeres: "ZAMÓ preciso(sic) converçar (sic) com você com urgência(sic) pessoalmente TIO PEDRO 96328085". Roselei entregou o bilhete à Zamó ainda pela manhã sendo dito por ele que se tratava de Pedro Balan e que ele já possuía o seu telefone.

Afirmou ainda Roselei que, três meses antes, viu Pedro Balan, numa camionete, conversando com Zamó em frente a sua casa. Disse ter ouvido comentários na cidade de que uma pessoa conhecida como ROQUE poderia estar envolvido na morte de Zamó.

Pedro Luiz Balan, ouvido às fls. 82/83 do Apenso I, Vol. I e às fls. 118/121-IPL, confirmou ter deixado o bilhete na casa de Zamó na manhã do dia dos fatos. Disse que a conversa que teria com Zamó seria para que Zamó lhe contasse o que ocorria e se alguém o ameaçava, pois iria procurar tal pessoa para removê-la de seu intento. Desconfiava que Zamó pudesse ter algum inimigo no Paraguai, já que Zamó não saía de lá.

Zamó passou a colher dados e informações acerca da organização criminosa, contratando, para tanto, dois informantes que lhe passavam dados de quando as carretas cruzariam a fronteira, assim como ele próprio trafegava, de madrugada e sozinho, na linha internacional com o fim de identificar rotas e localizar depósitos.

Esse recrutamento na fiscalização por parte de Zamó pode ser extraído do depoimento prestado por sua amante, Rosecler Collis de Maia que disse, ao ser ouvida na sede da Delegacia de Polícia Federal, às fls. 256/258-IPL, que se lembrava de Zamó comentar que possuía alguns "meninos" que estava ajudando-o a fazer levantamento sobre contrabandistas em Eldorado e que ele havia comprado para os "meninos" filmadoras, celulares, câmeras fotográficas e 02 motos adquiridas em uma Garagem em Mundo Novo.

Valdomiro Antônio da Silva, Cabo da Polícia Militar/MS, ouvido às fls. 326/327 disse que tinha conhecimento que Zamó investigava a atuação da organização criminosa liderada por Polaco e ROQUE, tendo lhe emprestado duas motos e afirmou que a intenção de Zamó era que só ele controlasse o contrabando na fronteira, ocupando o lugar de "Polaco".

Nesse mesmo sentido foi o depoimento de José Bespalez Sobrinho, Técnico da Receita Federal ouvido às fls. 109/109v, do Apenso I, Vol. I, disse ter conhecimento que Zamó trafegava sozinho durante a madrugada na linha internacional, na região de Paranhos e Sapucaia.

De posse dessas informações, Zamó, procurou o Agente de Polícia Federal, Sérgio Manuel Nunes Lourenço, que, por sua vez, repassava as informações obtidas através de Zamó ao Delegado de Polícia Federal Alexandre Custódio Neto, conforme se depreende de seus depoimentos colacionados às fls. 324/325 e 321-323-IPL, respectivamente.

Em suas declarações, o APF Sérgio menciona que Zamó chegou a comentar que havia contratado dois informantes em Eldorado/MS, que lhes passavam as informações de quando as carretas saíam carregadas, assim como de que tinha tomado conhecimento de que Zamó havia estado dentro do Paraguai à procura de **ROQUE FABIANO SILVEIRA**, sem saber dizer o quê Zamó queria com ele.

Alexandre Custódio Neto, Delegado de Polícia Federal, ouvido às fls. 321/323-IPL, afirmou ter sido procurado, em setembro de 2006, pelo Agente de Polícia Federal Sérgio que disse ter um informante em Mundo Novo/MS disposto a prestar informações sobre as atividades ilícitas de Alcides Carlos Grejanim, vulgo "Polaco" que seria proprietário de uma frota de caminhões utilizada para distribuição de cigarros contrabandeados do Paraguai em território nacional, sendo que os cigarros seriam fornecidos por **ROQUE FABIANO DA SILVEIRA**.

O Delegado de Polícia Federal afirmou ainda que lhe foram repassadas as informações fornecidas pelo informante ao APF Sérgio; tais como dados sobre caminhões utilizados por "Polaco", com indicação de placas, dados sobre os motoristas que trabalhavam para ele, rotas, depósitos dentre outros. Após a morte do Técnico da Receita, o APF Sérgio lhe revelou que o seu "informante" de Mundo Novo/MS era exatamente o Técnico Zamó, suspeitando que pudesse ter sido assassinado a mando de **ROQUE FABIANO DA SILVEIRA** e/ou "Polaco", em virtude das informações que vinha passando à Polícia Federal.

Narra ainda a I. Autoridade Policial que, no dia 06 de novembro de 2006, dirigiu-se, acompanhado de dois agentes, ao município de Mundo Novo/MS, "sendo certo que em conversas mantidas com moradores locais foram informados de que o Técnico da Receita Federal Zamó realmente fora assassinado a mando de **ROQUE FABIANO SILVEIRA** e de **ALCIDES GREJANIM**, vulgo "POLACO", visto que estaria denunciando a Organização Criminosa que voltara a operar após o desencadeamento da operação "Bola de Fogo", mesmo com **ROQUE** foragido no Paraguai".

Nota-se que nos dias que antecederam a sua morte, Zamó intensificou ainda mais seus atos investigatórios, procurando o Policial Rodoviário Federal Jackson Lopes Klein (fls. 267-269-IPL), lotado à época entre os postos da Polícia Rodoviária Federal de Naviraí e Mundo Novo, com o intuito de lhe passar as informações colhidas acerca da organização criminosa chefiada por "Polaco de Eldorado" e **ROQUE**, este residente no Paraguai, tais como dados de

caminhões utilizados para o transporte de cigarros e de seus motoristas, rotas utilizadas nas estradas vicinais e depósitos de cigarros.

*Esse seu comportamento, de fato, incomodou os contrabandistas da região sul do estado do Mato Grosso do Sul, sendo que, ao que tudo indica, seu assassinato foi efetuado a mando de **ROQUE FABIANO DA SILVEIRA** e Alcides Carlos Grejianin.*

*Não obstante **ROQUE FABIANO DA SILVEIRA** e "POLACÃO DE ELDORADO" serem apontados como os líderes da organização criminosa, como bem ressaltado pelo Delegado de Polícia Federal, no seu relatório, às fls. 491, "Ocorre porém que vários depoentes relatam desavenças entre ZAMÓ e ROQUE. ROSELEI HAUBRICHT DOS SANTOS, empregada de Zamó há aproximadamente dez anos, declarou que ouviu comentários na cidade que uma pessoa de nome ROQUE poderia estar envolvida na morte de ZAMÓ (fl.78).*

PEDRO BALAN, em suas declarações prestadas na Delegacia de Polícia Civil de Iguatemi/MS, afirmou que desconfiava que ZAMÓ pudesse ter algum inimigo no Paraguai, uma vez que não saía de lá. MARTINEZ GOMES DE ANDRADE, pessoa que manteve relacionamento amoroso com ZAMÓ, declarou ter conhecimento que a pessoa de ROQUE não gostava de ZAMÓ, porque estava ameaçando prender o contrabando dele (fl. 89/90). AILTON BATISTA RAMOS, pessoa que teria conversado com ZAMÓ por telefone antes de sua morte, declarou que ZAMÓ havia lhe dito que estava querendo "sangue" de ROQUE e POLACO, e que o desentendimento entre eles decorria do fato de ZAMÓ estar querendo uma propina maior do aquela que costumava receber (fl. 319/320). ROSECLER COLIIS DE MAIA, pessoa com quem ZAMÓ vinha mantendo um relacionamento amoroso, afirmou que após a morte do amante ouviu comentários na cidade de Mundo Novo/MS de que o mesmo teria recebido uma surra de ROQUE (fl. 257/258). Por fim, o Técnico da Receita Federal VOLNIR HOFFMANN declarou que ZAMÓ dizia que iria por todos os contrabandistas na cadeia e que tinha uma "zica" comum cidadão no Paraguai, e se trombasse com o mesmo iria matar ou morrer, porém não soube informar quem seria essa pessoa."

*Diante de todos os depoimentos colhidos e demais provas carreadas aos autos, conclui-se pela presença de fortes indícios de autoria a ser imputada a **ROQUE FABIANO SILVEIRA** na prática do crime de homicídio qualificado perpetrado em face do Técnico da Receita Federal Carlos Renato Zamó, o qual ocorreu em virtude das funções por ele exercidas como Técnico da Receita e em razão das investigações que ele mesmo vinha conduzindo para desmantelamento da ORCRIM e pelo repasse dessas informações aos órgãos policiais (Delegacia de Polícia Federal, através do contato com o Agente de Polícia Federal Sérgio Lourenço e o Delegado de Polícia Federal Alexandre Custódio Neto e Polícia Rodoviária Federal, através do Policial Rodoviário Federal Jackson Lopes Klein).*

A materialidade do delito encontra-se demonstrada através do Laudo Necroscópico de folhas 08/09 do Apenso I, Vol. I, do Laudo de vistoria em local de achado de cadáver (fls. 224/229 do Apenso I, Vol. I) e pelo Laudo de Exame de DNA, acostado aos presentes autos às fls. 65/72-IPL.

*Pelo exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denuncia **ROQUE FABIANO DA SILVEIRA** como incurso nas penas do art. 121. §2º, inciso III, do Código Penal, requerendo, ademais, que..."*

Como se nota, a peça acusatória descreveu suficientemente a conduta criminosa atribuída ao paciente, atendendo às exigências formais e materiais contidas no artigo 41 do Código de Processo Penal.

A descrição dos fatos estabeleceu um vínculo mínimo de ligação entre o denunciado e o fato criminoso a ele imputado, permitindo-lhe a exata compreensão da acusação formulada e o exercício pleno de sua defesa.

Ademais, para a instauração da ação penal bastam indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. A legitimidade passiva é condição da ação que prescinde de prova robusta nesta fase processual, pois é a instrução probatória que irá confirmar ou afastar a autoria apontada na exordial.

Qualquer juízo de valor que se faça nessa fase procedimental é açodado, vez que, não é possível definir o *animus* com que agiu o paciente sem que venham antes aos autos as provas necessárias.

A tese defensiva sustentada no presente *writ* é um tema que pressupõe, necessariamente, o revolvimento amplo do conjunto fático-probatório, cujo exame é impossível no âmbito de cognição restrita do *habeas corpus*.

Neste sentido, jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal estabelece que "*o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída*" (RHC 95.958/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 04.09.2009).

Seguindo esta orientação, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que "*o trancamento de Ação Penal por meio de Habeas Corpus, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade*" (STJ, HC 113.555/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25.05.2009).

Pelo exposto, **indefiro o pedido liminar.**

Comunique-se ao d. juízo de origem e, *ad cautelam*, solicitem-se as informações a serem prestadas em até 10 (dez) dias. Providencie-se.

Ao Ministério Público Federal para a necessária intervenção e, na seqüência, tornem conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00010 REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL Nº 0006792-72.2010.4.03.6119/SP
2010.61.19.006792-0/SP

RELATORA : Juíza Convocada SILVIA ROCHA
PARTE AUTORA : ARNALDO ROBLES FILHO
ADVOGADO : CELSO SANCHEZ VILARDI e outro
: NARA SILVA DE ALMEIDA
PARTE AUTORA : KLEBER ROBLES
ADVOGADO : CELSO SANCHEZ VILARDI e outro
PARTE RÉ : Justiça Pública
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 6 VARA DE GUARULHOS > 19ª SSJ> SP
No. ORIG. : 00067927220104036119 6 Vr GUARULHOS/SP

DESPACHO

Vistos,

Fl. 200: Defiro o pedido de vista formulado pela impetrante. Int.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
SILVIA ROCHA
Juíza Federal Convocada

Expediente Nro 7298/2010

00001 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005853-86.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.005853-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CEGELEC LTDA
ADVOGADO : VIVIANE FERRAZ GUERRA e outro
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **05/03/2009** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado sobre o **aviso prévio indenizado**, pela empresa e filiais da impetrante.

A r. sentença de fls. 105/115, concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade da incidência das contribuições previdenciárias incidentes sobre **aviso prévio indenizado**. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a União requerendo a reforma da sentença que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado (fls. 124/142). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo improvemento do recurso da União Federal e da remessa oficial (fls. 157/161).

É o relatório.

Decido.

O aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de avos que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

Discute-se no caso dos autos a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despidianda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO. RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido. (RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título de aviso prévio indenizado.

Pelo exposto, **nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0205290-19.1997.4.03.6104/SP
2005.03.99.024028-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
APELANTE : V MOREL S/A AGENTES MARITIMOS E DESPACHOS
ADVOGADO : DANIEL NASCIMENTO CURI
: LUIS ANTONIO NASCIMENTO CURI
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 97.02.05290-4 1 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Relatora, Doutora VESNA KOLMAR:

Trata-se de ação ordinária, processo nº 97.0205290-4, com pedido de tutela antecipada. ajuizada por V. MOREL S/A AGENTES MARÍTIMOS E DESPACHOS em face do Instituto Nacional do Seguro Social por meio da qual pleiteia a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a recolher a contribuição incidente sobre o pagamento efetuado aos administradores, avulsos e autônomos, a partir de julho de 1989 até abril de 1996, data da entrada em vigor da Lei Complementar nº 84/96, diante da inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 3º da Lei nº 7.787/89 e do inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212/89 (fls. 33/35).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido pela MMa. Juíza de primeiro grau, às fls. 1423/1424.

Regularmente processado o feito sobreveio sentença, fls. 1649/1668, proferida pela MMa. Juíza Federal da 1ª Vara de Santos, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, no que se refere ao recolhimento da contribuição previdenciária sobre as remunerações de empresários, autônomos e avulsos, bem como para declarar compensáveis as importâncias indevidamente pagas no período comprovado pelas guias de recolhimento juntadas aos autos e confirmadas pelo Perito Judicial, nos termos da Lei nº 8.383/91, a ser efetivada com a contribuição social sobre a folha de salários, independentemente do contido na OSC nº 21/96, no que respeita à prévia autorização do réu, ressalvado ao Fisco o direito de fiscalizar a exatidão dos lançamentos, no prazo do artigo 150, § 4º do CTN, acrescidas de atualização monetária, a partir dos recolhimentos indevidos até a efetiva compensação (Súmula 162 do STJ), pelos mesmos índices de correção monetária aplicados aos créditos tributários, sendo que a partir de janeiro de 1996, deverá ser aplicado tão-somente o disposto no artigo 39, §4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95 (SELIC), e juros de mora a partir da citação, à razão de 1% (um por cento) ao mês. Por fim, declarou a sucumbência recíproca das partes.

Pleiteia a autora, em razões de fls. 1690/1700, a reforma parcial da sentença alegando, em síntese, que:

- a) não cabe a aplicação das limitações à compensação impostas pelas Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95, no caso de contribuições declaradas inconstitucionais, como é o caso presente;
- b) não acolheu os índices de correção monetária pleiteados na inicial (IPC);
- c) declarou a sucumbência recíproca, sendo que decaiu de parte mínima do pedido inicial (artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

O INSS não apresentou contrarrazões, de acordo com a certidão de fl. 1716.

É o relatório.

Decido, com fulcro no artigo 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil.

A inconstitucionalidade da cobrança da contribuição instituída pela Lei nº 7.787/89, recepcionada pela Lei nº 8.212/89, é incontroversa, haja vista a decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no RE nº 166.772-9/RS e na ação direta de inconstitucionalidade nº 1102-DF, cuja ementa ora transcrevo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL: EXPRESSÕES "EMPRESARIOS" E "AUTONOMOS" CONTIDAS NO INC.I DO ART. 22 DA LEI N. 8.212 /91.

PEDIDO PREJUDICADO QUANTO AS EXPRESSÕES "AUTONOMOS E ADMINISTRADORES " CONTIDAS NO INC. I DO ART. 3. DA LEI N. 7.787/89.

1. O inciso I do art. 22 da lei n. 8.212, de 25.07.91, derogou o inciso I do art. 3. da lei n. 7.787, de 30.06.89, porque regulou inteiramente a mesma matéria (art. 2., par. 1., da lei de Introdução ao Cod. Civil). Malgrado esta revogação, o Senado Federal suspendeu a execução das expressões " avulsos , autonomos e administradores " contidas no inc. I do art. 3. da lei n. 7.787, pela Resolução n. 15, de 19.04.95 (DOU 28.04.95), tendo em vista a decisão desta Corte no RE n. 177.296-4.

2. A contribuição previdenciária incidente sobre a "folha de salarios" (CF, art. 195, I) não alcança os "autonomos" e " administradores ", sem vinculo empregaticio; entretanto, poderiam ser alcançados por contribuição criada por lei complementar (CF, arts. 195, par. 4., e 154, I). Precedentes.

3. Ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniencia, concedia efeito prospectivo ou "ex-nunc" a decisão, a partir da concessão da liminar.

4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade das expressões "empresários" e "autônomos" contidas no inciso I do art. 22 da lei n. 8.212, de 25.07.91.

(ADI 1102 - DF - Relator: Min. Maurício Correa - julgamento: 05/10/1995 - Órgão julgador: Pleno)

Logo, decidida pelo órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, os seus efeitos são extensivos a todos os jurisdicionados, em caráter retroativo.

Sendo assim, não paira dúvida que o contribuinte tem direito à compensação dos valores indevidamente pagos a título da referida contribuição, corrigidos monetariamente de forma integral, garantindo-lhe a reposição do montante despendido indevidamente.

É nesse sentido a Súmula nº 46 do antigo Tribunal Federal de Recursos:

"Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição de indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada."

Assim, o pagamento indevido deve ser restituído por compensação, desde a data do efetivo desembolso, pelos índices estabelecidos pelo E. Conselho da Justiça Federal e constantes do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, merecendo acolhimento, neste aspecto, o apelo da parte autora.

No que tange aos juros de mora, em sede de remessa oficial, ressalto que é pacífico o entendimento jurisprudencial de que não são devidos nas hipóteses de compensação, vez que, em se tratando de espécie de repetição tributária que depende da atividade do contribuinte, inexistente a mora da Fazenda Pública, devendo ser aplicada tão somente a taxa SELIC, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei nº 9.250/95, merecendo ser reformada, neste aspecto, a r. sentença de primeiro grau que determinou a incidência desde a citação (fl. 1662).

Ressalto, por oportuno, que não há qualquer incompatibilidade dessa tese com a aplicação da SELIC na atualização do crédito, considerando que a mesma traz em seu bojo os juros. A jurisprudência é pacífica ao adotá-la na atualização do crédito tributário a partir de 01 de janeiro de 1996, não cumulada com qualquer outro índice, seja de correção monetária, seja de juros, porque inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. Nesse sentido os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça (RESP 524.143/MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 15.09.2003; ADRESP 364.035/SP, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.06.2003; RESP 462.710/PR, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 09.06.2003; ERESP 267.080/SC, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.11.2003).

Na seqüência, no que se refere aos limites impostos à compensação, que também foi objeto da pretensão recursal da autora, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.137.738/SP, da relatoria do E. Ministro Luiz Fux, realizado em 9.12.2009 na sistemática do art. 543-C do Código de Processos Civil, consolidou o entendimento de que, *"em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios"*.

Assim, considerando que a presente demanda foi ajuizada em 06 de agosto de 1997, são aplicáveis as limitações à compensação impostas pelo §§1º e 3º do art. 89 da Lei nº 8.212 /91, pois incluídas pelas Lei s nºs 9.032/95 e 9.219/95, ambas publicadas em 1995, posteriormente ao ajuizamento da presente demanda.

E por fim, no que concerne aos honorários advocatícios, não merece reparo a r. sentença recorrida, que declarou a sucumbência recíproca das partes, diante da parcial procedência do pedido.

Por esses fundamentos, com fulcro no artigo 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil dou parcial provimento à apelação do autor, para fixar a correção monetária na forma acima indicada, e à remessa oficial para afastar a condenação nos juros moratórios.

Decorridos os prazos recursais, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e, após, remetam-se os autos à Vara de Origem, procedendo-se às devidas anotações.

I.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Vesna Kolmar
Desembargadora Federal

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034283-78.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034283-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : METALURGICA MORIZ LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05323246019914036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Agravo de instrumento da entidade exequente tirado de decisão que **indeferiu pedido de inclusão dos sócios da empresa executada no pólo passivo de execução fiscal de dívida ativa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço**, por ilegitimidade.

Assim procedeu o Juízo "a quo" por considerar que a falta de depósito das contribuições ao FGTS não constitui ato ilícito para fins de responsabilização dos gerentes da empresa.

Em sua minuta a União Federal (Fazenda Nacional), sustenta em resumo, que não obstante a natureza não tributária das contribuições do FGTS, o não recolhimento destas verbas caracteriza infração à lei tributária, comercial, civil e trabalhista.

Decido.

Trata-se de recurso cuja essência reside no cabimento - ou não - de ser direcionada execução de FGTS contra a pessoa do sócio.

Analisando a questão à luz da legislação invocada pela União Federal pode-se concluir que em princípio não se pode afastar a corresponsabilidade dos sócios gerentes e administradores pelos débitos de FGTS a cargo da pessoa jurídica devedora principal, muito embora não se possa falar em presunção *ius et de iure* de responsabilidade do sócio, já que o mesmo pode fazer prova em contrário em sede de exceção de pré-executividade ou de embargos.

O não recolhimento das quantias de FGTS, como exigência legal imposta aos empregadores em favor dos trabalhadores, ensejava, desde o artigo 20 da Lei nº 5.107/66, a cobrança por órgão público: ao tempo da Lei nº 5.107/66 era a Previdência Social, em nome do BNH; posteriormente, com o advento das Leis ns. 8.096/90 e 8.844/94, a cobrança passou a caber a própria União Federal, com possibilidade de delegação em favor da CEF.

Embora os valores não pertencessem - como não pertencem - à União Federal (sendo explícita a Constituição no sentido de o FGTS ser direito social do trabalhador na forma do artigo 7º, III), inseriam-se, como ainda se inserem, no conceito de Dívida Ativa não-tributária, diante da latíssima previsão do § 2º do artigo 39 da Lei nº 4.320/64, com a redação do Decreto lei nº 1.735/79.

Para a cobrança desses créditos emprega-se a Lei nº 6.830/80, conforme seu artigo 1º.

Mais: o artigo 2º da Lei nº 6.830/80, repisando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela considerada tributária ou não-tributária pela Lei nº 4.320/64, deixa claro que "*qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o § 1º - União, Estados, Distrito Federal, municípios e autarquias -será considerado dívida ativa da Fazenda Pública*".

Assim sendo, embora o FGTS não tenha natureza tributária (STF, RE nº 100.249/SP, plenário, rel. Min. Oscar Correa), na medida em que por força de seguidas leis, desde sempre vem sendo cobrado por autarquias federais e depois pela própria União através da PGFN, é considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública; essa cobrança, também *ex lege*, faz-se com o emprego primordial da Lei nº 6.830/80, restando o Código de Processo Civil como norma subsidiária (artigo 1º).

No ambiente severo da Lei nº 6.830/80 tem-se que "à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial" (destaquei - § 2º do artigo 4º).

Por aí se vê que: embora o FGTS se configure como Dívida Ativa *não-tributária*, diante da latíssima previsão do § 2º do artigo 39 da Lei nº 4.320/64, na medida em que sua cobrança se faz *ex lege* através das regras da Lei nº 6.830/80, não se afastam as regras de responsabilidade pela dívida que, em princípio, seriam próprias do Direito Tributário.

Dentre essas regras - que à luz do § 2º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80 devem incidir na execução de qualquer Dívida Ativa da Fazenda Pública - acha-se a imposição de responsabilidade de diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações decorrentes de infração de lei (artigo 135 do CTN).

Sucedo que o não recolhimento do FGTS, como obrigação legal imposta aos empregadores, configura infração de lei, especialmente depois do advento da Lei nº 7.893/89, artigo 21, § 1º, I e V, ao depois substituída pela atual Lei nº 8.036/90, artigo 23, § 1º, I e V. Na verdade, muito antes disso, o artigo 2º da Lei nº 5.107/66 - que criou o FGTS - peremptoriamente obrigava todas as empresas vinculadas a CLT a depositarem até o dia 20 de cada mês, o percentual de 8% da remuneração paga ao obreiro, optante ou não, em conta bancária do trabalhador que fosse optante ou em conta individualizada no caso do empregado não optante. Ora, na medida em que uma lei "obrigava" a empresa sujeita a CLT a efetuar o depósito, é mais do que evidente que o não recolhimento do FGTS desde lei que o criou em 1966, já figurava como infração da lei.

Logo, mesmo sendo os créditos de FGTS apenas Dívida Ativa não-tributária, na medida em que o inadimplemento configura, como sempre configurou, infração da lei, incide a responsabilidade dos sócios, gerentes e diretores da pessoa jurídica devedora na forma do artigo 135 do CTN já que essa incidência deriva do comando previsto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80.

O mesmo se dará quando constatada a dissolução irregular da pessoa jurídica inadimplente, na esteira de remansosa jurisprudência.

Em resumo: desde sua criação pela Lei nº 5.107/66 o FGTS foi cobrado por autarquia federal (Previdência Social, em nome do BNH - artigo 20) e depois pela própria União ainda que através de delegação à CEF (Leis ns. 8.096/90 e 8.844/94). Assim sendo, o FGTS legalmente é Dívida-Ativa não-tributária (artigo 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64). Para cobrança executiva desses créditos incide a Lei nº 6.830/80 (artigo 1º), cujo artigo 2º torna imune de dúvidas que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela considerada tributária ou não-tributária pela Lei nº 4.320/64, deixando claro que "*qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o § 1º - União, Estados, Distrito Federal, municípios e autarquias -será considerado dívida ativa da Fazenda Pública*". No ambiente severo da Lei nº 6.830/80 tem-se que "à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial" (destaque - § 2º do artigo 4º). Dentre essas regras acha-se a imposição de responsabilidade de diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações decorrentes de infração de lei (artigo 135 do CTN). O simples não recolhimento do FGTS, como obrigação legal imposta aos empregadores desde o artigo 2º da Lei nº 5.107/66, configura infração de lei, especialmente depois do advento da Lei nº 7.893/89, artigo 21, § 1º, I e V, ao depois substituída pela atual Lei nº 8.036/90, artigo 23, § 1º, I e V. Assim, a responsabilidade dos sócios, diretores e gerentes pela dívida não deriva de qualquer "natureza tributária" do FGTS - negada pelas Cortes Superiores - mas sim da imposição dessa responsabilidade à conta do § 2º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80, que a estende para a cobrança de qualquer valor que seja tido, pela lei, como *dívida ativa da Fazenda Pública*, caso do FGTS conforme o artigo 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64. Portanto, é caso de se reformar a interlocutória recorrida para que sejam incluídos e mantidos os sócios-gerentes indicados no pólo passivo da execução fiscal de FGTS.

Pelo exposto, **defiro** a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035404-44.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035404-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : PROJEMAQ COML/ LTDA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP

No. ORIG. : 00030751420034036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Agravo de instrumento contra a decisão (fls. 139/141 do recurso) que, em sede de execução fiscal de dívida ativa previdenciária, **indeferiu pedido de inclusão no polo passivo dos sócios da empresa devedora** (já citada) indicados como corresponsáveis na CDA.

A interlocutória teve por fundamento o decurso de prazo superior a cinco anos desde a dissolução irregular da empresa constatada após sua citação, disso emergindo a **prescrição em favor do sócio**.

Nas razões do agravo a União federal sustenta, em síntese, que o prazo para o pedido de redirecionamento da execução (prescrição intercorrente) não flui senão quando configurado ato capaz de embasar tal, ou seja, não se pode falar em ocorrência de prescrição antes de nascer o direito à ação (no caso dos autos a dissolução irregular da empresa).

Decido.

A empresa há muito já havia sido citada (27/08/2003, fl.95) e quando das diligências destinadas a penhora de bens constatou-se que a firma não se encontrava mais funcionando no local de sua sede, tal como declarada ao Fisco e para fins de obtenção de CNPJ, conforme certidão do sr. oficial de justiça datada de 12/12/2003 (fl. 101).

Sucedeu que **em 16/10/2007 a exequente requereu** o prosseguimento do feito com a efetivação de penhora eletrônica via Bacen-Jud e a **citação dos devedores indicados na CDA** ((fl. 120). Embora o pleito tenha sido deferido (fl. 121), a Secretaria do Juízo de origem não providenciou a citação dos corresponsáveis, mas tão somente o protocolamento de bloqueio de valores da empresa (fls. 122/124).

Na sequência (07/07/2008) a credora requereu a intimação do representante da empresa executada para apresentar bens passíveis de penhora, o que foi indeferido.

Por fim, foi novamente requerida a citação dos sócios ao argumento de que houve encerramento irregular da empresa, mas o pleito foi indeferido com fundamento no decurso de prazo prescricional contado da data da certidão do sr. oficial de justiça que constatou a dissolução irregular da empresa, sendo esta a interlocutória recorrida.

Como se vê, o primeiro pedido de citação dos devedores foi efetuado pela exequente em 16/10/2007, ou seja, antes do decurso do prazo de prescrição intercorrente contado da citação da empresa ou mesmo da constatação de sua dissolução irregular.

Ocorre que tal providência, embora deferida pelo juiz da causa (fl. 121), não foi implementada pela Secretaria do Juízo.

Sendo assim, é de se reconhecer que houve embaraço judicial para a concretização da citação dos sócios dentro do prazo prescricional, razão pela qual a demora não pode ser imputada à exequente.

Este entendimento é corroborado pela jurisprudência que se tornou dominante no STJ, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL nº 1201451 - MG (2010/0117907-4)

RELATOR : MIN. CASTRO MEIRA

RECORRENTE : LEONARDO BYRRO FONSECA

ADVOGADO : MARCIONILIA COELHO GUIMARAES E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : MARIANE RIBEIRO BUENO FREIRE E OUTRO(S)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO.

DEMORA NA CITAÇÃO. MECANISMOS DA JUSTIÇA. SÚMULA 106/STJ. RECURSOS REPETITIVOS. ART.

543-C DO CPC.

1. Em execução fiscal, ocorre a prescrição, em regra, se a citação ocorrer após o quinquênio legal para cobrança do crédito exequendo. Entretanto, se há demora na citação em decorrência dos mecanismos da Justiça, como consignado na origem, não se opera a prescrição, de acordo com o enunciado da Súmula 106/STJ. Entendimento consolidado pela sistemática dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC.

2. Recurso especial não provido.

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial fundado na alínea "a" do permissivo constitucional e interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO - NÃO CONFIGURAÇÃO - DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL À EXEQUENTE - RECURSO DESPROVIDO.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra-se no sentido de que, em matéria de prescrição, deve prevalecer o disposto no art. 174 do CTN (redação antiga), como lei complementar (art. 146, III, 'a', da CF/88), afastando a incidência do citado art. 8º, § 2º, da lei 6830/80, se a execução houver sido proposta antes da alteração promovida no referido art. 174, do CTN, pela LC 118/2005. - O termo a quo para a contagem do prazo prescricional é a data da constituição definitiva do crédito tributário, devendo, no prazo de 5 anos, ser o executado citado, sob pena de prescrição do direito de cobrança da dívida tributária.

- Todavia, se a exequente propôs a execução a tempo e modo e diligenciou continuamente na localização dos executados, tendo empreendido todos os esforços possíveis para tanto, não é de se lhe imputar a responsabilidade pela demora na citação, afastando-se, assim, a hipótese de prescrição da pretensão de cobrança dos créditos exequendos. - Recurso desprovido (e-STJ fl. 317).

O recorrente alega violação do art. 174, parágrafo § 1º, do Código Tributário Nacional, em sua redação anterior à LC 118/05. Sustenta ocorrida a prescrição, porquanto a sua interrupção não se dá com o ajuizamento da ação executiva,

mas apenas com a citação do executado, o que, no caso, ocorreu somente após o quinquênio legal. Busca, ainda, excluir a culpa do Judiciário pela demora na citação. Ofertadas contrarrazões às e-STJ fls. 357-360.

Inadmitido na origem o apelo, subiram os autos a esta Corte por força do provimento alcançado pelo Ag nº 1.288.065 (e-STJ fls. 363-377).

É o relatório. Decido.

A controvérsia gira em torno do prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário perseguido pelo Estado recorrido.

O recorrente pugna pela reforma do acórdão atacado a fim de que seja reconhecida a prescrição do crédito perseguido pela Fazenda estadual, considerando-se que somente houve a efetiva citação após o quinquênio extintivo.

Dessume-se dos autos, que o crédito foi constituído em 24 de novembro de 1997, a execução foi proposta em 1998 e a citação ocorrida em dezembro de 2004.

O aresto proferido, no entanto, confirmou decisão monocrática que afastou a prescrição com o entendimento de que não houve inércia da Fazenda exequente e imputou a demora na citação aos mecanismos da Justiça.

Confira-se trecho do acórdão recorrido:

[...] vê-se que o termo inicial da prescrição da pretensão executória, em relação à CDA de f. 44, TJ, é 24 de novembro de 1997; a ação, por sua vez, foi ajuizada em maio de 1998 (segundo notícia do d. Juiz a quo às fls. 44, TJ).

A partir de então, depreende-se dos autos que a Fazenda Estadual diligenciou continuamente na localização da então única executada, To-car Equipamentos Ltda, tendo todas as medidas restado infrutíferas, contudo.

É que o se deflui das certidões negativas de fls. 89-verso, TJ; 117, TJ, 130, TJ, 139, TJ, 151, TJ, "incluindo a expedição de quatro precatórias (fls. 22, 52, 62, 82 da execução fiscal), todas frustradas" (fls. 67, TJ), como bem aponta a agravada.

Nesse ínterim, em março de 1999 (fls. 95, TJ), a Fazenda requereu o redirecionamento da execução contra o sócio co-obrigado, Leonardo Byrro Fonseca, à vista da alegada dissolução irregular da sociedade (fls. 262, TJ).

Veja-se, portanto, que o requerimento pelo redirecionamento da execução deu-se antes mesmo da citação da pessoa jurídica, diante do contexto acima exposto, não havendo se cogitar, portanto, de prescrição intercorrente.

Tal pedido foi deferido, então, em setembro de 2002, conforme fls. 127/128, TJ.

Destarte, passou a exequente a diligenciar na busca pelo referido sócio, não tendo logrado êxito, todavia, novamente.

Com isso, o d. Magistrado a quo deferiu a citação editalícia do executado, que se aperfeiçoou somente em 24 de dezembro de 2004, segundo fls. 155, TJ (considerando-se os 30 dias do edital).

Do exposto, extrai-se, então, que demora na citação não pode ser imputada à exequente, que empreendeu os esforços possíveis para a localização dos devedores.

Não houve sédida da Fazenda, a justificar a incidência do instituto da prescrição. Vale, inclusive, invocar o preceito contido na Súmula 106, do STJ, considerando que, in casu, foram expedidas diversas cartas precatórias, cujo moroso cumprimento contribuiu para o cenário ora apresentado. (e-STJ fl. 321-323).

Tal premissa fixada pela instâncias ordinárias é soberana, não sendo possível ser reavaliada no bojo do apelo especial, porquanto envolve a análise dos elementos fático-probatórios da demanda, o que atrai a incidência do óbice sumular nº 07/STJ.

A jurisprudência deste Tribunal Superior editou a Súmula 106/STJ, cujo enunciado dispõe no sentido de que, proposta a ação no prazo legal, a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário.

Referido enunciado está em plena vigência, entendimento consolidado em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC, verbis:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106 DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

2. A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1125797/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 16/09/2009; REsp 1109205/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 29/04/2009; REsp 1105174/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 882.496/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 26/08/2008; AgRg no REsp 982.024/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 08/05/2008)

3. In casu, a Corte de origem fundamentou sua decisão no sentido de que a demora no processamento do feito se deu por culpa dos mecanismos da Justiça, verbis: "Com efeito, examinando a execução fiscal em apenso, constata-se que foi a mesma distribuída em 19/12/2001 (fl.02), tendo sido o despacho liminar determinando a citação do executado proferido em 17/01/2002 (fl. 02 da execução). O mandado de citação do devedor, no entanto, somente foi expedido em 12/05/2004, como se vê fl. 06, não tendo o Sr. Oficial de Justiça logrado realizar a diligência, por não ter localizado o endereço constante do mandado e ser o devedor desconhecido no local, o que foi por ele certificado, como consta de fl.

08, verso, da execução em apenso. Frustrada a citação pessoal do executado, foi a mesma realizada por edital, em 04/04/2006 (fls. 12/12 da execução). (...) No caso destes autos, todavia, o fato de ter a citação do devedor ocorrido apenas em 2006 não pode ser imputada ao exequente, pois, como já assinalado, os autos permaneceram em cartório, por mais de dois anos, sem que fosse expedido o competente mandado de citação, já deferido, o que afasta o reconhecimento da prescrição. (...) Ressalte-se, por fim, que a citação por edital observou rigorosamente os requisitos do artigo 232 do Código Processual Civil e do art. 8º, inciso IV, da Lei 6.830/80, uma vez que foi diligenciada a citação pessoal, sem êxito, por ser o mesmo desconhecido no endereço indicado pelo credor, conforme certificado pelo Sr. Oficial de Justiça, à fl. 08, verso dos autos da execução."

4. A verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.

5. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.102.431/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Dessa forma, o decisum recorrido não carece de reformas, uma vez que decidiu em consonância com o entendimento pacificado neste Tribunal Superior.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

(*) Republicado por determinação do Exmo. Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de agosto de 2010.

Ministro Castro Meira

Relator"

Tratando-se de decisão que colide contra a jurisprudência dominante de Tribunal Superior, **dou provimento ao agravo de instrumento** (artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil).

Comunique-se à origem.

Com o trânsito dê-se baixa.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00005 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002545-15.2009.4.03.6109/SP

2009.61.09.002545-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : IND/ CERAMICA FRAGNANI LTDA
ADVOGADO : NOEDY DE CASTRO MELLO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00025451520094036109 3 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **17/03/2009** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado sobre o **aviso prévio indenizado**, inclusive o 13º salário proporcional ao mesmo pela empresa. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos desde a entrada em vigor do Decreto nº 6.727/2009.

A r. sentença de fls. 148/156, concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade da incidência das contribuições previdenciárias incidentes sobre **aviso prévio indenizado** e décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio. Autorizou a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores a propositura da ação com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, após o trânsito em julgado acrescido da taxa SELIC. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a União requerendo a reforma da sentença que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado e respectivo 13º salário (fls. 176/183).

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo improvemento do recurso da União Federal e da remessa oficial (fls. 203/209).

É o relatório.

Decido.

O aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de avos que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

Discute-se no caso dos autos a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despidianda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO. RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido. (RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título de aviso prévio indenizado e seu reflexo sobre o décimo terceiro salário.

Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos sobre o aviso prévio indenizado, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", é aplicável às ações ajuizadas após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.
2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).
3. Recurso especial provido.
(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

No tocante ao mais, entende-se que o **exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.
2. Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.
- 3.....
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

- 1.....
- 2.....
3. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).
4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.
5. Agravo regimental não provido.
(AgRg nos EREsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12.....

13....

14.....

15....

16....

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, **nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial**, tida por interposta, o que faça com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Johansom di Salvo

Desembargador Federal

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039714-30.2009.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SHEILA PERRICONE e outro
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SHEILA PERRICONE
AGRAVADO : ITC INSTITUTO DE TOMOGRAFIA POR COMPUTADOR S/C LTDA e outro
: ANTHONY WONG
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2003.61.82.064302-8 7F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal, em face da decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de penhora eletrônica através do sistema BACENJUD.

Alega que o artigo 11 da Lei nº 6.830/80 estabelece a ordem de preferência da penhora ou arresto, sendo que o dinheiro detém a primazia sobre todos os demais bens. Sustenta, assim, a utilização do sistema BACENJUD a fim de permitir a penhora de ativos financeiros.

Decido.

No que tange ao levantamento da penhora *on-line* das contas da empresa executada, cumpre aduzir que, o artigo 655 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispôs que a penhora obedecerá, preferencialmente, a ordem ali enunciada, sendo que em primeiro lugar arrola o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira.

Dessarte, sobreveio o artigo 655-A (alterado por inclusão), disciplinando a forma de constrição de dinheiro existente em depósito ou aplicação financeira.

Para viabilizar tal medida, permite-se ao juiz que requisite informações à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, atualmente o BACEN/JUD.

Acrescente-se, outrossim, ser despicinda a exigência de esgotamento das diligências destinadas a encontrar bens penhoráveis do devedor, com esteio no Direito à Efetividade da Jurisdição, bem como no Princípio da Economia Processual, consoante jurisprudência dominante desta E. Corte. Confira-se:

AGRAVO LEGAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA "ON LINE " - BACEN JUD - ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - DESNECESSIDADE.

1. Os bens penhorados têm por escopo precípua a satisfação do crédito inadimplido. A seu turno, estipula o art. 620 do Código de Processo Civil dever ser promovida a execução pelo modo menos gravoso ao devedor. Contudo, o dispositivo em epígrafe não pode ser interpretado de tal modo que afaste o direito do credor-exequente de ver realizada a penhora sobre bens aptos para assegurar o Juízo.

2. Ausência de ilegalidade no rastreamento de valores da executada em instituições financeiras por meio do sistema BACENJUD , sendo desnecessário o esgotamento das diligências para a localização de bens penhoráveis.

3. Restou pacificada pelo C. STJ que, a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006), o bloqueio de ativos pelo BACENJUD tem primazia sobre os demais meios de garantia do crédito, não sendo mais exigível o prévio esgotamento das diligências para encontrar outros bens penhoráveis, aplicando-se os arts. 655 e 655-A do CPC c.c. art.185-A do CTN e art.11 da Lei 6.830/80.

(AI - 391175/SP, Relator Desembargador Federal ROBERTO HADDAD, Órgão Julgador Quarta Turma, DJU 26/08/2010, p. 887)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACEN-JUD. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ARTS. 655 INC. I E 655-A DO CPC C/C ART 11 DA LEI 6830/80 E ART. 185-A DO CTN.

I. Com as alterações introduzidas aos Arts. 655 inc. I e 655-A do CPC pela Lei nº 11.038/2006, a concretização da penhora "on line " não mais exige, como condição antecedente, o exaurimento de diligências para localização de bens do devedor pelo exeqüente.

II. Na execução fiscal, citado o devedor e por ele não indicado bens à penhora , passível se tornou ao credor tributário o pedido de imediata penhora pelo sistema do BACEN-JUD ou a indisponibilidade de bens, consoante Arts. 655 inc. I e 655-A do CPC, c/c Art. 11 da Lei 6.830/80 e Art. 185 do CTN.

III. Agravo provido.

(AI - 403602/SP, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, Órgão Julgador Quarta Turma, DJU 26/08/2010, p. 898)

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, §1.º - A do Código de Processo Civil.

P.I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 03 de novembro de 2010.
JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0311127-35.1998.4.03.6102/SP
1999.03.99.042824-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : ASSOCIACAO COML/ INDL/ E AGRICOLA DE BEBEDOURO
ADVOGADO : FAICAL DE SOUZA KIZAHY BARACAT e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.03.11127-2 4 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que denegou a segurança em Mandado que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre os débitos parcelados na via administrativa por seus associados.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A sentença julgou o processo extinto, sem análise do mérito, em razão da carência de ação.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente.

Primeiro porque a apelante não demonstrou, de plano, o direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança, pois não provou o que alega, ou seja, não acostou aos autos prova pré-constituída.

Há a necessidade de dilação probatória, o que é incompatível com as vias estreitas da ação mandamental.

Nesse sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE TUTELA JURISDICIONAL PARA PAGAMENTO PARCIAL DE DÉBITO FISCAL COM BENEFÍCIO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA - INSTRUÇÃO DEFICIENTE DA INICIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DAS MATÉRIAS FÁTICAS ARGUIDAS - SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL MANTIDA.

I- Na dicção do art. 1º da Lei nº 1.533/51, cabe mandado de segurança para coibir abusos do Poder Público como também para evitar os efeitos de um ato iminente, capaz de lesar ou violar direito. Assim, qualquer cidadão pode discutir em juízo ato que entende ilegal, abusivo, ainda que sob enfoque preventivo.

II- No caso concreto, da inicial é possível se extrair a pretensão da impetrante de obter tutela jurisdicional preventiva que lhe assegure a possibilidade de recolhimento parcial de débito fiscal junto ao INSS - com reconhecimento de ocorrência da denúncia espontânea - sem que tenha de suportar eventuais ônus da mora, todavia, não restaram demonstrados minimamente os elementos fáticos ligados à existência do direito líquido e certo alegado e ao modo pelo qual o mesmo encontrar-se-ia ameaçado.

III- A evidente instrução deficiente do mandamus conduz o julgador a invencíveis dúvidas quanto aos fatos argüidos na inicial - inclusive sobre a própria existência dos débitos.

IV- A ausência de demonstração pela parte impetrante das questões de fato diretamente relacionadas à existência do direito alegado, aliada a incompatibilidade da dilação probatória com o rito do mandado de segurança, acarreta a inviabilidade da análise das teses jurídicas levantadas.

V- Apelação improvida."

(TRF da 3ª Região, AMS 93.03.006394-5, PRIMEIRA TURMA, rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, DJU 17/05/2007. p. 303).

Ademais, a questão como foi posta ataca lei em tese, o que contraria a Súmula 266 do STF.

E, para arrematar, quanto à questão de fundo, também não há sucesso no seu pleito.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea. Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, NEGOU SEGUIMENTO ao apelo da impetrante.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00008 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035245-04.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035245-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : ESCOLA MONTEIRO LOBATO LTDA
ADVOGADO : LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE S J CAMPOS SP

No. ORIG. : 00030991220024036103 4 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo ativo, interposto por ESCOLA MONTEIRO LOBATO LTDA em face da decisão que, em sede de execução fiscal, deferiu o pedido de bloqueio de contas e ativos financeiros nas contas da executada.

Informa que se trata de execução fiscal, conforme Certidão de Dívida Inscrita sob o nº 35.843.557-9, tendo sido requerida a penhora sobre valores depositados em instituições financeiras, através do sistema *BACEN-JUD*, deferida sob o argumento de que de não estando o Juízo garantido devidamente e em atenção à ordem do art. 11, inciso I da Lei 6.830/80, deve ser tentada a constrição de ativos financeiros junto ao *Bacen*.

Sustenta que pende julgamento de apelação em embargos à execução fiscal extintos por insuficiência de penhora e que os mesmos, conforme jurisprudência da Corte, serão julgados procedente.

Aduz, em síntese, que o *BACEN JUD* é uma das formas de indisponibilidade de bens e direitos previstas no art. 185-A do CTN, que permite a indisponibilidade de aplicações financeiras, desde que não encontrados bens penhoráveis, mas que parte do juízo está garantido e que a manutenção da penhora online inviabilizará suas atividades.

Requer, pois, seja suspensa a ordem de bloqueio *on-line* até o julgamento de mérito do recurso.

Decido.

No que tange ao levantamento da penhora *on-line* das contas da empresa executada, cumpre aduzir que, o artigo 655 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispôs que a penhora obedecerá, preferencialmente, a ordem ali enunciada, sendo que em primeiro lugar arrola o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira.

Dessarte, sobreveio o artigo 655-A (alterado por inclusão), disciplinando a forma de constrição de dinheiro existente em depósito ou aplicação financeira.

Para viabilizar tal medida, permite-se ao juiz que requisite informações à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, atualmente o *BACEN/JUD*.

Acrescente-se, outrossim, ser despicienda a exigência de esgotamento das diligências destinadas a encontrar bens penhoráveis do devedor, com esteio no Direito à Efetividade da Jurisdição, bem como no Princípio da Economia Processual, consoante jurisprudência dominante desta E. Corte. Confira-se:

AGRAVO LEGAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA "ON LINE " - BACEN JUD - ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - DESNECESSIDADE.

1. Os bens penhorados têm por escopo precípua a satisfação do crédito inadimplido. A seu turno, estipula o art. 620 do Código de Processo Civil dever ser promovida a execução pelo modo menos gravoso ao devedor. Contudo, o dispositivo em epígrafe não pode ser interpretado de tal modo que afaste o direito do credor-exequente de ver realizada a penhora sobre bens aptos para assegurar o Juízo.

2. Ausência de ilegalidade no rastreamento de valores da executada em instituições financeiras por meio do sistema BACENJUD, sendo desnecessário o esgotamento das diligências para a localização de bens penhoráveis.

3. Restou pacificada pelo C. STJ que, a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006), o bloqueio de ativos pelo BACENJUD tem primazia sobre os demais meios de garantia do crédito, não sendo mais exigível o prévio esgotamento das diligências para encontrar outros bens penhoráveis, aplicando-se os arts. 655 e 655-A do CPC c.c. art.185-A do CTN e art.11 da Lei 6.830/80.

(AI - 391175/SP, Relator Desembargador Federal ROBERTO HADDAD, Órgão Julgador Quarta Turma, DJU 26/08/2010, p. 887)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACEN-JUD. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ARTS. 655 INC. I E 655-A DO CPC C/C ART 11 DA LEI 6830/80 E ART. 185-A DO CTN.

I. Com as alterações introduzidas aos Arts. 655 inc. I e 655-A do CPC pela Lei nº 11.038/2006, a concretização da penhora "on line " não mais exige, como condição antecedente, o exaurimento de diligências para localização de bens do devedor pelo exequente.

II. Na execução fiscal, citado o devedor e por ele não indicado bens à penhora , passível se tornou ao credor tributário o pedido de imediata penhora pelo sistema do BACEN-JUD ou a indisponibilidade de bens, consoante Arts. 655 inc. I e 655-A do CPC, c/c Art. 11 da Lei 6.830/80 e Art. 185 do CTN.

III. Agravo provido.

(AI - 403602/SP, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, Órgão Julgador Quarta Turma, DJU 26/08/2010, p. 898)

Diante do exposto, NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, Caput, do Código de Processo Civil.

P.I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0615464-82.1998.4.03.6105/SP

2001.03.99.057654-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : VULCABRAS S/A
ADVOGADO : GABRIEL ANTONIO SOARES FREIRE JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.06.15464-9 3 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela autora de sentença que, em ação que discute contribuições previdenciárias, homologou o pedido de desistência, julgou a ação extinta sem análise do mérito, nos termos dos arts. 267, VIII e a condenou em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

A autora recorreu, pleiteando a redução da condenação em honorários advocatícios para 1% do valor da causa. Decido.

No que pertine à condenação em honorários advocatícios, o STJ pacificou entendimento pela possibilidade de condenação em honorários advocatícios nos casos de desistência por adesão ao REFIS.

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MP 1.858-9/99. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A fruição do favor fiscal estabelecido no artigo 11 da MP 1.858-9/99 implica na desistência dos processos ajuizados e na condenação nos ônus da sucumbência, consoante se extrai da sua redação, a saber: "Estende-se o benefício da dispensa de acréscimos legais, de que trata o art. 17 da Lei n. 9.779, de 1999, com a redação dada pelo art. 10, aos pagamentos realizados até o último dia útil do mês de setembro de 1999, em quota única, de débitos de qualquer natureza, junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, desde que até o dia 31 de dezembro de 1998 o contribuinte tenha ajuizado qualquer processo judicial onde o pedido abrangia a exoneração do débito, ainda que parcialmente e sob qualquer fundamento".

2. O art. 17 da Lei 9.779/99, por seu turno, dispõe, verbis: "Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal."

3. Desta sorte, concluiu com acerto o juiz a quo que (fls. 86): "A opção ao benefício da MP nº. 1.858-9/99 não é obrigatória, mas, em havendo, ocorre (a) a confissão irretratável da dívida, (b) a aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas para o seu ingresso e permanência no Programa, (c) a impossibilidade de impor condições para se beneficiar do favor legal, ou continuar discutindo a matéria em juízo, (d) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a possibilidade de parcelá-lo administrativamente, (e) a obrigatoriedade de desistir da ação e renunciar ao direito a que ela se funda no primeiro caso, e, no segundo caso, a compulsoriedade da parte interessada no benefício (isenção de multa e juros de mora) em pedir conversão em renda dos valores depositados em juízo, o que equivale ao pedido de desistência e renúncia, na medida em que culmina com o cancelamento administrativo da dívida e perda do objeto da demanda por ação voluntária da própria parte e (f) a possibilidade de extinguir o débito tributário, caso o recolhimento do valor exigido seja total, como no caso dos autos. Embora esta Colenda Turma já esposasse tese no sentido de que incabe verba honorária em opções de parcelamento (REFIS), tal entendimento foi modificado para prestigiar decisão da E. Primeira Seção que entendeu devida a verba nos casos de opção ao REFIS por força do art. 26 do CPC.

(REsp 806.479/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 16.11.2006 p. 226).

"PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DE AÇÃO PARA ADESÃO AO REFIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO OU NÃO: DEFINIÇÃO PELOS PRECEITOS NORMATIVOS PRÓPRIOS. DESISTÊNCIA DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA: CABIMENTO DE HONORÁRIOS, NA FORMA DO ART. 5º, § 3º, DA LEI 10.189/01. Nenhum dos dispositivos da legislação sobre o REFIS - ou seja, o § 3º, do art. 13, da Lei 9.964, de 2000 e o § 3º, do art. 5º, da Lei 10.189, de 2001 - estabelece nova hipótese de cabimento de verba honorária, nem modifica as regras a respeito previstas no CPC ou em legislação extravagante. Da conjugação de ambos resulta, simplesmente, a norma segundo a qual a verba honorária, que for devida em decorrência da desistência de ação judicial para adesão ao

REFIS, também poderá, como os demais encargos, ser incluída em parcelamento, caso em que seu valor máximo será de 1% do débito consolidado.

2. Portanto, não é a legislação do REFIS, e sim a legislação própria do CPC ou outra lei extravagante, a que define se é devida ou não a verba honorária no caso de desistência. 3. Ora, em se tratando de desistência de ação cautelar, é devida a condenação do desistente em honorários, no valor de 1% sobre o valor do débito consolidado, a teor do art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/01, que prevalece sobre a norma geral do art. 26 do CPC - valor este que deve obedecer, no caso, ao limite superior de 5% do valor da causa, por força do princípio da vedação da reformatio in pejus.

4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 567.883/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 17.11.2003 p. 229)".

Quanto ao percentual arbitrado, o art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000, assim dispõe:

"Art. 13. Os débitos não tributários inscritos em dívida ativa, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, iguais e sucessivas, perante a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observadas as demais regras aplicáveis ao parcelamento de que trata o art. 12.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à verba de sucumbência devida por desistência de ação judicial para fins de inclusão dos respectivos débitos, inclusive no âmbito do INSS, no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 2º.

Por sua vez, o art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/01, determina o seguinte o montante a ser fixado como verba honorária:

§ 3º - Na hipótese do § 3º do art. 13 da Lei no 9.964, de 2000, o valor da verba de sucumbência será de até um por cento do valor do débito consolidado, incluído no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 12 da referida Lei, decorrente da desistência da respectiva ação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu a questão:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ADESÃO AO REFIS - DESISTÊNCIA DAS AÇÕES JUDICIAIS - VERBA DE SUCUMBÊNCIA: LEIS 9.964/2000 E 10.189/2001 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Pacificação de entendimento em torno da condenação em honorários advocatícios na desistência das ações judiciais para adesão ao REFIS, a partir do julgamento do EREsp 475.820/PR, em que a Primeira Seção concluiu:

a) o art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000 apenas dispôs que a verba honorária devida poderia ser objeto de parcelamento, como as demais parcelas do débito tributário;

b) quando devida a verba honorária, seu valor não poderá ultrapassar o montante do débito consolidado;

c) deve-se analisar caso a caso, distinguindo-se as seguintes hipóteses, quando formulado pedido de desistência: - em se tratando de mandado de segurança, descabe a condenação, por não serem devidos honorários (Súmulas 512/STF e 105/STJ); - em se tratando de embargos à execução fiscal de créditos da Fazenda Nacional, descabe a condenação porque já incluído no débito consolidado o encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-lei 1.025/69, nele compreendidos honorários advocatícios; - em ação desconstitutiva, declaratória negativa ou em embargos à execução em que não se aplica o DL 1.025/69, a verba honorária deverá ser fixada nos termos do art. 26, caput, do CPC, mas não poderá exceder o limite de 1% (um por cento) do débito consolidado, por expressa disposição do art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/2001.

2. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, improvido."

(STJ, RESP 736946, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 27/06/2005 - PG 355)

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, dou provimento ao recurso da autora, para reduzir a verba honorária advocatícia a 1% do valor da causa.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00010 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035413-06.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035413-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : DIFRAN IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SOROCABA >10ª SJJ>SP

No. ORIG. : 00093816420104036110 2 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto pela impetrante, em face da decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu parcialmente o pedido de medida liminar, determinando que a autoridade se abstenha de exigir o pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre aviso prévio indenizado e seu reflexo no 13º salário. A União aduz que as referidas verbas tem caráter remuneratório e sobre elas incide a contribuição previdenciária.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Ressalvado meu posicionamento pessoal sobre a questão, verifico que a doutrina e a jurisprudência se inclinaram para o entendimento de que o aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho (empregador ou empregado), faz à parte contrária com o objetivo de rescindir o vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

Conforme o § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do "aviso", o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente a todo aquele período. Como o termo final do contrato de trabalho é a data em que o empregado deixa de prestar serviços ao empregador, rescindido o contrato sem o cumprimento do prazo do "aviso", surge o direito a esta verba em caráter nitidamente indenizatório: "Art. 487, § 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço".

Portanto, o aviso prévio indenizado não compõe o salário de contribuição, uma vez que não há trabalho prestado no período, não havendo, por consequência, retribuição remuneratória por labor prestado.

No âmbito do TST - Tribunal Superior do Trabalho a matéria é pacífica:

"RECURSO DE REVISTA. ACORDO JUDICIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO . NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDA. Embora o aviso prévio indenizado não mais conste da regra de dispensa da incidência de contribuição previdenciária, tratada no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91, é certo que a satisfação em juízo de tal parcela não acarreta a incidência de contribuição, uma vez que, nesse caso, não se trata de retribuição pelo trabalho prestado, mas, sim, de indenização substitutiva. Decisão em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, a atrair o óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. Recurso de revista não conhecido.

(TST, RR - 140/2005-003-01-00.4, julg. 17/09/2008, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 10/10/2008)."

"RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. O pré aviso indenizado consiste em uma retribuição não resultante de um trabalho realizado ou de tempo à disposição do empregador, mas de uma obrigação trabalhista inadimplida. O advento do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Lei da Seguridade Social, veio a reforçar o fato de o pré-aviso indenizado não integrar o salário-de-contribuição, ao assim dispor expressamente em seu artigo 214, § 9º, inciso V, alínea -f-, de modo a tornar manifestamente clara a isenção da importância recebida a título de aviso prévio indenizado para efeito de incidência da contribuição previdenciária. Recurso de revista não conhecido.

(TST, Processo: RR - 7443/2005-014-12-00.1, julg. 11/06/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008)."

"RECURSO DE REVISTA. INSS. ACORDO JUDICIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO . NATUREZA JURÍDICA. O aviso prévio indenizado possui caráter eminentemente indenizatório, porquanto o seu pagamento visa compensar o resguardo do prazo garantido em lei para se obter novo emprego. Assim, não se enquadra o aviso prévio indenizado, na concepção de salário-de-contribuição definida no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, na medida em que não há trabalho prestado no período pré-avisado, não havendo, por consequência, falar em retribuição remuneratória por labor envidado. Recurso de revista conhecido por divergência e desprovido. - (RR-650/2004-018-10-00.0, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 1ª Turma, DJU de 10/8/2007)"

Este também é o entendimento da 1ª Turma desta Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ART. 487, §1º DA CLT. VERBA INDENIZATÓRIA. 1. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescindir o vínculo laboral, em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei. 2. O período em que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio é computado como tempo de serviço para efeitos de aposentadoria e remunerado de forma habitual, por meio de salário, sobre o qual deve incidir, portanto, a contribuição previdenciária. 3. Todavia, rescindido o contrato pelo empregador antes de findo o prazo do aviso, o trabalhador faz jus ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente ao período, ex vi do §1º do art. 487 da CLT, hipótese em que a importância recebida tem natureza indenizatória, já que paga a título de indenização, e não de contraprestação de serviços. 4. As verbas indenizatórias visam a recompor o patrimônio do empregado dispensado sem justa causa e, por serem desprovidas do caráter de habitualidade, não compõem parcela do salário, razão pela qual

não se sujeitam à incidência da contribuição. 5. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. Agravo regimental prejudicado.

(TRF3, AI 200903000289153, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, 1ª Turma, DJF3 CJI DATA:03/02/2010 PÁGINA: 188)".

13º SALÁRIO - GRATIFICAÇÃO NATALINA

Nos termos do artigo 195, I, "a", com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, e do artigo 201, §11, ambos da CF/88, a contribuição para a Seguridade Social incide sobre o montante pago a título de décimo terceiro pelos empregadores.

Nesse mesmo sentido, o entendimento do STF:

"CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL.

1. A incidência da contribuição sobre a folha de salários na gratificação natalina decorre da própria Carta Federal que, na redação do §11 (4º na redação original) do art. 201, estabelece que "os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei". Este dispositivo, ao ser interpretado levando-se em conta o art. 195, I não permite outra compreensão que não seja a de que a contribuição previdenciária incide sobre a gratificação natalina, sem margem para alegação de ocorrência de bitributação. Precedentes: RE 209.911 e AI 338.207-AgR. 2. Embargos de declaração conhecidos como agravados regimental, ao qual se nega provimento" (STF, 2ª T., EDRE 408.780-2, rel. Min. Ellen Gracie, jun/04)"

"EMENTA Embargos de declaração. Agravo regimental. Agravo de instrumento. 1. O acórdão embargado não padece de omissão ou de contradição. 2. É pacífica a jurisprudência do Tribunal de que é legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre gratificação natalina. 3. A questão referente à fórmula de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre o décimo terceiro é exclusiva da legislação infraconstitucional. Impossibilidade de reexame em recurso extraordinário. 4. Embargos de declaração desprovidos."

(AI-AgR-ED 647638AI-AgR-ED - EMB.DECL.NO AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RELATOR MIN. MENEZES DIREITO - STF - 1ª Turma, 29.04.2008)

Quanto à norma legal, a redação original do §7º, do artigo 28, da Lei nº 8.212/91, estatuiu que a gratificação natalina integrava o salário-de-contribuição, na forma estabelecida em regulamento.

A Lei nº 8.870/94, que alterou a redação do citado §7º da Lei nº 8.212/91, dispôs que a gratificação natalina integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento. Ela não derogou o comando da Lei nº 8.620/1993, pois a gratificação natalina não deixou de integrar o salário-de-contribuição, havendo continuidade da contribuição social sobre essa verba.

Veja-se que a contribuição sobre a gratificação natalina, prevista no artigo 28, § 7º, da Lei nº 8.212/91, foi atacada na ADIN nº 1.049, pelo que a norma foi reconhecida como constitucional pelo STF - Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, o STF editou a Súmula 688, com a seguinte redação: *"É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário."*

Assim sendo, incide a contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina, mesmo que calculada sobre o aviso prévio, uma vez que decorre da própria Constituição Federal, sendo este o entendimento da jurisprudência pátria.

Com tais considerações e nos termos do artigo 557, 1-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL

PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para reconhecer a incidência da contribuição previdenciária sobre o reflexo do 13º salário ano aviso prévio indenizado.

P.I.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004746-85.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.004746-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : FERROL IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre seus débitos parcelados na via administrativa. Honorários advocatícios em 10% do valor da causa. Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante. P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00012 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022103-30.2010.4.03.0000/MS

2010.03.00.022103-2/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : VALDIR LUIZ SARTOS
ADVOGADO : AIRES GONCALVES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE DOURADOS >2ªSSJ>MS
No. ORIG. : 00012945520104036002 1 Vr DOURADOS/MS

Decisão

Vistos.

Trata-se de agravo regimental interposto em face da decisão (fls. 83/88v) que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela em Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que suspendeu a exigibilidade da contribuição sobre a produção rural de pessoa física, prevista nos artigos 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com a alteração legislativa pela Lei nº 8.540/92, bem assim evitar a retenção imposta pelo art. 30 da Lei nº 8.212/91.

Decido.

A pretensão recursal é incabível.

O parágrafo único, do artigo 527 do Código de Processo Civil, prevê que "A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar."

É o caso em tela, pois a decisão contra a qual o recorrente se insurgiu indeferiu o pedido de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento. Não houve decisão terminativa sobre a questão.

Leciona Nelson Nery Junior:

"Recurso contra a decisão monocrática do relator. *Qualquer que seja o teor da decisão do relator, seja para conceder ou negar o efeito suspensivo ao agravo, seja para conceder a tutela antecipada do mérito do agravo (efeito ativo), essa decisão não é mais impugnável por meio de agravo interno (CPC 557 § 1.º), da competência do órgão colegiado (v.g. turma, câmara etc.) a quem competir o julgamento do mérito do agravo. Isto porque o CPC par. ún., com redação dada pela Lei n.º 11.187/05, só permite a revisão dessa decisão quando do julgamento do mérito do agravo, isto é, pela turma julgadora do órgão colegiado.*" (Código de Processo Civil Comentado, RT, 9.ª ed, p. 777, nota 42).

Com tais considerações, e com fulcro no artigo 33, XIII do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento ao recurso. Nada a reconsiderar quanto à decisão das fls. 83/88v.

P.I.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00013 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035214-81.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035214-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : PORTO SEGURO CIA DE SEGUROS GERAIS e outros
: PORTO SEGURO VIDA E PREVIDENCIA S/A
: PORTOPAR DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA
: PORTOSEG S/A CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO
: PORTO SEGURO SEGURO SAUDE S/A
: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S/A
ADVOGADO : EDUARDO FORNAZARI ALENCAR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00207707620104036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão que deferiu o pedido de liminar em sede de mandado de segurança e suspendeu a exigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas pagas pela impetrante a título de aviso prévio indenizado.

A agravante sustenta que as referidas verbas têm natureza salarial, logo deve incidir sobre elas a contribuição previdenciária.

É o relatório.

Decido.

Ressalvado meu posicionamento pessoal sobre a questão, verifico que a doutrina e a jurisprudência se inclinaram para o entendimento de que o aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho (empregador ou empregado), faz à parte contrária com o objetivo de rescindir o vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

Conforme o § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do "aviso", o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente a todo aquele período. Como o termo final do contrato de trabalho é a data em que o empregado deixa de prestar serviços ao empregador, rescindido o contrato sem o cumprimento do prazo do "aviso", surge o direito a esta verba em caráter nitidamente indenizatório.

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

Portanto, o aviso prévio indenizado não compõe o salário de contribuição, uma vez que não há trabalho prestado no período, não havendo, por conseqüência, retribuição remuneratória por labor prestado.

No âmbito do TST - Tribunal Superior do Trabalho a matéria é pacífica.

RECURSO DE REVISTA. ACORDO JUDICIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO . NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDA. Embora o aviso prévio indenizado não mais conste da regra de dispensa da incidência de contribuição previdenciária, tratada no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91, é certo que a satisfação em juízo de tal parcela não acarreta a incidência de contribuição, uma vez que, nesse caso, não se trata de retribuição pelo trabalho prestado, mas, sim, de indenização substitutiva. Decisão em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, a atrair o óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. Recurso de revista não conhecido.

(TST, RR - 140/2005-003-01-00.4, julg. 17/09/2008, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 10/10/2008).

RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. O pré aviso indenizado consiste em uma retribuição não resultante de um trabalho realizado ou de tempo à disposição do empregador, mas de uma obrigação trabalhista inadimplida. O advento do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Lei da Seguridade Social, veio a reforçar o fato de o pré-aviso indenizado não integrar o salário-de-contribuição, ao assim dispor expressamente em seu artigo 214, § 9º, inciso V, alínea -f-, de modo a tornar manifestamente clara a isenção da importância recebida a título de aviso prévio indenizado para efeito de incidência da contribuição previdenciária. Recurso de revista não conhecido.

(TST, Processo: RR - 7443/2005-014-12-00.1, julg. 11/06/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008).

RECURSO DE REVISTA. INSS. ACORDO JUDICIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO . NATUREZA JURÍDICA. O aviso prévio indenizado possui caráter eminentemente indenizatório, porquanto o seu pagamento visa compensar o resguardo do prazo garantido em lei para se obter novo emprego. Assim, não se enquadra o aviso prévio indenizado, na concepção de salário-de-contribuição definida no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, na medida em que não há trabalho prestado no período pré-avisado, não havendo, por conseqüência, falar em retribuição remuneratória por labor envidado. Recurso de revista conhecido por divergência e desprovido. - (RR-650/2004-018-10-00.0, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 1ª Turma, DJU de 10/8/2007)

Este também é o entendimento da 1ª Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ART. 487, §1º DA CLT. VERBA INDENIZATÓRIA. 1. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescindir o vínculo laboral, em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei. 2. O período em que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio é computado como tempo de serviço para efeitos de aposentadoria e remunerado de forma habitual, por meio de salário, sobre o qual deve incidir, portanto, a contribuição previdenciária. 3. Todavia, rescindido o contrato pelo empregador antes de findo o prazo do aviso, o trabalhador faz jus ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente ao período, ex vi do §1º do art. 487 da CLT, hipótese em que a importância recebida tem natureza indenizatória, já que paga a título de indenização, e não de contraprestação de serviços. 4. As verbas indenizatórias visam a recompor o patrimônio do empregado dispensado sem justa causa e, por serem desprovidas do caráter de habitualidade, não compõem parcela do salário, razão pela qual não se sujeitam à incidência da contribuição. 5. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. Agravo regimental prejudicado.

(TRF3, AI 200903000289153, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar, 1ª Turma, DJF3 CJI DATA:03/02/2010 PÁGINA: 188)

Com tais considerações e nos termos do artigo 557, Caput, do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento.

P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006834-81.2001.4.03.6105/SP
2001.61.05.006834-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : BRASMED ASSISTENCIA MEDICA LTDA
ADVOGADO : GUSTAVO DE CARVALHO PIZA
: SERGIO AUGUSTO BERARDO DE CAMPOS JUNIOR
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que denegou a segurança em Mandado que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre os débitos parcelados na via administrativa. Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A sentença julgou o processo extinto, sem análise do mérito, em razão da carência de ação, ao fundamento de que as provas juntadas aos autos foram guias de recolhimento que tem descrições de JUROS/MULTA e JUROS/MULTA/ATM e que seria necessária a remessa à contadoria judicial pra verificar a veracidade das alegações iniciais.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial, afirmando que uma vez concedido o provimento judicial, providenciaria a compensação na via administrativa e que, em razão disso, não é carecedora de ação.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente.

Primeiro porque a apelante não demonstrou, de plano, o direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança, pois não provou o que alega, ou seja, não acostou aos autos prova pré-constituída.

Há a necessidade de dilação probatória, o que é incompatível com as vias estreitas da ação mandamental.

Nesse sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE TUTELA JURISDICIONAL PARA PAGAMENTO PARCIAL DE DÉBITO FISCAL COM BENEFÍCIO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA - INSTRUÇÃO DEFICIENTE DA INICIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DAS MATÉRIAS FÁTICAS ARGUIDAS - SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL MANTIDA.

I- Na dicção do art. 1º da Lei nº 1.533/51, cabe mandado de segurança para coibir abusos do Poder Público como também para evitar os efeitos de um ato iminente, capaz de lesar ou violar direito. Assim, qualquer cidadão pode discutir em juízo ato que entende ilegal, abusivo, ainda que sob enfoque preventivo.

II- No caso concreto, da inicial é possível se extrair a pretensão da impetrante de obter tutela jurisdicional preventiva que lhe assegure a possibilidade de recolhimento parcial de débito fiscal junto ao INSS - com reconhecimento de ocorrência da denúncia espontânea - sem que tenha de suportar eventuais ônus da mora, todavia, não restaram demonstrados minimamente os elementos fáticos ligados à existência do direito líquido e certo alegado e ao modo pelo qual o mesmo encontrar-se-ia ameaçado.

III- A evidente instrução deficiente do mandamus conduz o julgador a invencíveis dúvidas quanto aos fatos argüidos na inicial - inclusive sobre a própria existência dos débitos.

IV- A ausência de demonstração pela parte impetrante das questões de fato diretamente relacionadas à existência do direito alegado, aliada a incompatibilidade da dilação probatória com o rito do mandado de segurança, acarreta a inviabilidade da análise das teses jurídicas levantadas.

V- Apelação improvida."

(TRF da 3ª Região, AMS 93.03.006394-5, PRIMEIRA TURMA, rel. Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, DJU 17/05/2007. p. 303).

E, para arrematar, quanto à questão de fundo, também não há sucesso no seu pleito.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea. Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, NEGÓCIAMENTO ao apelo da impetrante.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005308-98.2009.4.03.6105/SP
2009.61.05.005308-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : ROCA BRASIL LTDA e filia(l)(is)
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA e outro
APELANTE : ROCA BRASIL LTDA filial
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA
APELANTE : ROCA BRASIL LTDA filial
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA
APELANTE : ROCA BRASIL LTDA filial

ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **06/05/2009** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos **quinze (15) primeiros dias de afastamento** da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença bem como sobre as verbas pagas a título de **horas extras, adicional de 1/3 de férias e aviso prévio indenizado**, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com contribuições previdenciárias administradas pela Secretaria da Receita Federal e incidência da Taxa SELIC desde o recolhimento indevido.

A r. sentença de fls. 760/766 concedeu **parcialmente** a segurança para afastar a incidência das contribuições previdenciárias incidentes sobre **auxílio doença (quinze primeiros dias)** e sobre **aviso prévio indenizado** e seus reflexos. Autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos posteriormente a 06/05/99, com parcelas vincendas de contribuições previdenciárias administradas pela Secretaria da Receita Federal, na forma do art. 74 e seguintes da Lei nº 9430/96 e modificações da Lei nº 10.637/2002, após o trânsito em julgado, atualizados a partir da data do efetivo recolhimento com a aplicação da taxa SELIC e afastadas as limitações legais. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante requerendo a reforma da r. sentença para afastar a incidência da contribuição patronal sobre os pagamentos feitos aos empregados a título de **terço constitucional de férias e de horas extras**. Sustenta a apelante, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos (fls. 775/787). Recurso respondido.

Apelou também a União requerendo a reforma da sentença. Arguiu, preliminarmente a ocorrência da prescrição a teor do artigo 3º da LC 118/05. Insurge-se contra a parte da sentença que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado e dos 15 dias que antecedem a concessão do auxílio doença, requer a observância na compensação da limitação de 30% ao mês (fls. 794/804). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo provimento da apelação da União a fim de ser denegada a segurança (fls. 835/836).

É o relatório.

Decido.

Reporta-se o presente mandado de segurança à declaração de inexigibilidade de contribuições à seguridade social incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença, bem como sobre as verbas pagas a título de adicional de 1/3 de férias e aviso prévio indenizado, com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, a controvérsia noticiada diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre parcelas que a impetrante entende não configurariam contraprestação pelo trabalho, mas sim indenização.

A Constituição não faz referência apenas à folha de salários, mas também aos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, "a").

A contribuição da empresa será calculada, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, à razão de vinte por cento (20%) *'sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, destinadas a restituir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador'*.

Efetivamente, a previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide **"sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título"**, aqui abrangidas outras remunerações que não salário.

Conforme entendia este relator a mera interrupção do contrato de trabalho nos quinze primeiros dias anteriores a eventual concessão de auxílio-doença não tira a natureza salarial do pagamento devido ao empregado, de modo que a verba haveria de sofrer imposição pela contribuição patronal, integrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Sempre pensei que o empregador paga esses quinze dias *ex lege*, não como indenização, pois para isso seria necessário se reconhecer de parte do empregador a causalidade de um ilícito. Também não paga esse valor como verba previdenciária, já que as prestações previdenciárias são originariamente pagas pelo Estado, sendo adimplidas *através do empregador*, com reembolso ou compensação, apenas quando a lei prevê.

Contudo, o *entendimento favorável às empresas solidificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*; na medida em que se trata da corte constitucionalmente apta a interpretar o direito federal, parece-me desarrazoado dissentir da sua jurisprudência pacífica sob pena de eternizar demandas.

Assim, resguardando meu pensamento próprio, em favor da impetração invoco os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. ...

2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.

6. Recurso especial provido em parte.

(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MERA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. ...

2. Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.

3. Não há negativa de vigência aos artigos 60, § 3º, da Lei n. 8.213/91, 22, inc. I, e 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, tampouco a violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, mas apenas a interpretação dos referidos dispositivos legais. Não era pressuposto de tal conclusão a declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

4. ...

(ADRESP 200801478527, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/06/2010)

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação a outras parcelas pagas pelo empregador a que atualmente as cortes superiores não vêm emprestando a natureza de remuneração do trabalho.

Confira-se o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 389903 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento

RE-AgR 545317 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 207 e 688/STF. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITO FEDERAL. SÚMULA 282/STF.

1. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC no conteúdo do acórdão recorrido, pelo que se afasta a preliminar de sua nulidade.
2. Nenhuma dúvida remanesce quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) em virtude de sua natureza salarial. Súmulas 207 e 688/STF.
3. Inúmeros julgados oriundos das Primeira e Segunda Turmas deste STJ assentam-se na linha de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, além dos adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, arts. 41 e 49), integram o conceito de remuneração, sujeitando-se à contribuição previdenciária. Precedentes: Resp 805.072/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/02/2007; REsp 512848/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.09.2006; RMS 19.687/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23.11.2006; REsp 676.294/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.11.2006. E as decisões monocráticas: Resp 971.020/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 1º/7/2008; RMS 18.870/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/06/2008.
4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem externando o posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extras sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência. Precedentes: AgRgRE 545.317-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008; AgRgRE 389.903/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05/05/2006. E as decisões monocráticas: AI 715.335/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 13/06/2008; RE 429.917/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29/05/2007. Do STJ: Resp 786.988/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/04/2006; Resp 489.279/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/04/2005; Resp 615.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006.
5. Nesse contexto, e com vistas no entendimento externado pelo colendo STF, o inconformismo deve ter êxito para se declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extraordinárias, mantida a exação sobre a gratificação natalina.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp nº 764.586/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 24/09/2008).

Já o aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de *avos* que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO. RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial,

DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido.(RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)
TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).
2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.
3. Recurso especial não provido.
(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

O pagamento de **férias**, ou décimo terceiro salário, é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

No que tange ao pagamento de horas extras não assiste razão à impetrante, uma vez que essas verbas inserem-se na ampla dicção da letra "a" do artigo 195, I, da Constituição Federal, pois inquestionavelmente são rendimentos do trabalho pagos como "majoração" mesmo eis que retribuem o esforço de trabalho em situação que se aloja além da normalidade da prestação ajustada entre empregado e empregador.

A propósito especificamente do adicional de horas extras leciona SÉRGIO PINTO MARTINS que "tem o adicional de horas extras natureza salarial e não indenizatória, pois remunera o trabalho prestado após jornada normal" (Direito do Trabalho, p. 223, 16ª edição, ed. Atlas).

Tanto o adicional da hora extra tem essa natureza salarial que ganhou abrigo no inciso XVI do artigo 7º da Constituição que a ele se refere como "remuneração do serviço extraordinário", feita no percentual de 50% da remuneração da jornada normal de trabalho, no mínimo.

Ademais, convém aduzir que conforme o Enunciado nº 115 do Tribunal Superior do Trabalho o valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo de gratificações semestrais. E são computadas no cálculo do repouso semanal remunerado (Enunciado nº 172).

Nesse sentido é a compreensão atualizada do STJ, como segue:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS . POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. O pagamento de horas extraordinárias integra o salário de contribuição, em razão da natureza remuneratória, sujeitando-se, portanto, à incidência de contribuição previdenciária. Precedente da Primeira Seção: REsp nº 731.132/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJe 20/10/2008.
2. Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1178053/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 19/10/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título dos quinze primeiros dias de afastamento por doença, sobre o adicional de um terço (1/3) das férias e sobre o aviso prévio indenizado.

Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos a título de quinze (15) primeiros dias de afastamento por moléstia, a título de adicional de um terço (1/3) sobre o valor das férias e sobre o aviso prévio indenizado, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior, sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente.

Em relação ao prazo quinquenal de prescrição das ações em que se pretende a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de exações sujeitas a lançamento por homologação anoto que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do CPC determinou o seu termo inicial. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005.

DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen römischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as consequências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

5. **Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").**

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.
7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, **razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.**
8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.
9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.(RESP 200702600019, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 18/12/2009)

No presente caso observo que há contribuições recolhidas em período anterior e posterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (fls. 68/75).

Em relação aos pagamentos efetuados após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (**9.6.2005**) observo que não ocorreu a prescrição na medida em que o mandado de segurança foi impetrado em 06.05.2009.

Já no que tange aos recolhimentos efetuados antes da vigência da mencionada lei complementar há que se aplicar a vetusta tese do "5+5" anos, pelo que, considerando que os valores recolhidos mais antigos datam da competência de janeiro de 1999 (fls. 66), operou-se a prescrição do aproveitamento do quanto pago antes de 06.05.1999.

Entendo, ainda que, no caso em tela, o afastamento da incidência retroativa do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 não resulta em inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal na medida em que está sendo adotada jurisprudência da Corte Especial do STJ que ao julgar **AI no EREsp 644.736/PE** declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, já que *in casu* não se está declarando inconstitucionalidade de lei e sim aplicando jurisprudência pacífica de Corte Superior.

Justamente por isso - porque está se reportando a jurisprudência pacífica do STJ arredando o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 - é que não há também afronta a Súmula Vinculante nº 10, cujo texto é o seguinte:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", **é aplicável às ações ajuizadas após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.**
2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).
3. Recurso especial provido.
(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

Ainda, embora não se trate de tributo já declarado inconstitucional, não haverá de ser observado o § 3º do artigo 89 do PCPS tendo em vista que esse dispositivo restritivo foi **revogado** pela Lei nº 11.941/09, a qual deve ser levada em conta na forma do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Realmente, se o reconhecimento *do direito a compensação* está sendo reconhecido *nesta* decisão monocrática, nesse particular é certo que a mesma não poderá aplicar lei *revogada* ("as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem-se levar em conta para regular a situação exposta na inicial" - STJ, 3ª Turma, RESP nº 18.443 - Edcl em Edcl, j. 29/6/93). Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO DO JULGADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA POR ÍNDICE QUE REFLITA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 462 DO CPC. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA.

1.....

2.....

3.....

4. **Já é antigo o entendimento do STJ no sentido de que "as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação posta na inicial" (EDcl nos EDcl no REsp 18443/SP, 3ª. T., Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 09.08.1993). Dessa forma a aplicação do direito superveniente, no julgamento da apelação, não caracteriza julgamento ultra petita.**

5. Recurso especial improvido.

(REsp 665.683/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUPERVENIENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR. ART. 462 DO CPC.

O **direito superveniente** à propositura do mandado de segurança, que tenha evidente influência no julgamento da lide, impondo restrições ao direito dos impetrantes, deve ser levada em consideração, de ofício, pelo julgador, quando do julgamento da causa (art. 462 do CPC). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 438.623/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 288)

No tocante ao mais, entende-se que o **exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. **Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.**

2. **Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.**

3.....

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1.....

2.....

3. **A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em**

conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos REsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser **considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente**, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12.....

13....

14.....

15....

16....

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com parcelas vincendas de contribuições sociais devidas à seguridade social administradas pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, **rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação da impetrante bem como nego provimento ao apelo da União Federal e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00016 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0013885-80.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.013885-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : SINDICATO DAS INDUSTRIAS DE BENEFICIAMENTO E TRANSFORMACAO
DE VIDROS E CRISTAIS PLANOS DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADO : FABRICIO JOSE LEITE LUQUETTI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **16/06/2009** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado sobre o **aviso prévio indenizado**, pelas empresas filiadas a impetrante.

A r. sentença de fls. 141/143, concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade da incidência das contribuições previdenciárias incidentes sobre **aviso prévio indenizado** pago pelas empresas associadas do Sindicato impetrante por ocasião da rescisão dos contratos de trabalho. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a União arguindo preliminarmente, a ilegitimidade ativa do sindicato para impetração de mandado de segurança coletivo visando discutir questões tributárias e, no mérito, requer a reforma da sentença que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado (fls. 156/196). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo improvimento do recurso da União Federal (fls. 214/215).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, no que concerne ao argumento de ilegitimidade "ad causam" do sindicato para figurar no polo ativo da presente demanda, razão não assiste a recorrente. É inegável que o sindicato possui legitimidade para ajuizar ação na defesa de interesses das empresas que lhe são filiadas, conforme julgado desta Corte, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. FEDERAÇÃO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE.

1. O art. 5º, LXX, "b", da C.R/88 não se refere a sindicatos, mas a organizações sindicais, entre os quais estão as federações. A interpretação desse dispositivo não pode ser restritiva, pois outorgou aos sindicatos e entidades congêneres a legitimidade para a propositura de mandado de segurança coletivo, ampliando o rol dos legitimados para tal ação constitucional e expandindo a proteção dos direitos e garantias individuais.

2. A Federação, entidade sindical em nível de segundo grau, reúne sindicatos filiados e tem como fim a defesa dos interesses dos trabalhadores ou empregadores associados a eles, sendo parte legítima, pois, para a propositura do mandado de segurança coletivo.

3. Agravo a que se nega provimento. (AMS 200961000111689, JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 10/12/2009)

No mérito, o aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de *avos* que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

Discute-se no caso dos autos a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despidianda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO. RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido. (RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título de aviso prévio indenizado.

Pelo exposto, **rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Johansom di Salvo

Desembargador Federal

00017 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0011097-63.2009.4.03.6110/SP
2009.61.10.011097-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : TRANSREBECA TRANSPORTES INTERNACIONAIS
ADVOGADO : FERNANDO CAVALHEIRO MARTINS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SOROCABA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00110976320094036110 1 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **09/09/2009** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos **quinze (15) primeiros dias de afastamento** da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de **salário-maternidade, férias, adicional de 1/3 de férias e aviso prévio indenizado**, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal mediante incidência de correção monetária plena e de juros de mora a partir de cada recolhimento indevido, aplicando-se a Taxa SELIC desde janeiro/96, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91.

A r. sentença de fls. 75/89, concedeu **parcialmente** a segurança para declarar a inexigibilidade da incidência das contribuições previdenciárias incidentes sobre **aviso prévio indenizado** em relação aos trabalhadores da impetrante demitidos a partir da data do ajuizamento da ação. Não autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos em razão da ausência de documentos que comprovem que a impetrante recolheu valores passíveis de compensação. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a União requerendo a reforma da sentença que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado (fls. 96/105).

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo provimento do recurso da União Federal (fls. 113/123).

É o relatório.

Decido.

O aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias

indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de *avos* que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

Discute-se no caso dos autos a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se desprovida, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO.

RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido.(RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)
TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).
2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.
3. Recurso especial não provido.
(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título de aviso prévio indenizado.

Pelo exposto, **nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015238-58.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.015238-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : PRODUTOS ROCHE QUIMICOS E FARMACEUTICOS S/A
ADVOGADO : MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00152385820094036100 8 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Mandado de segurança ajuizado em 01/07/2009 objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre o **aviso prévio indenizado**. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal atualizados pela SELIC.

Atribuiu à causa o valor de R\$. 5.000,00.

Sobreveio a r. sentença de **improcedência** da ação (fls. 124/126).

Apelou a impetrante arguindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre o aviso prévio. Requer o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente a esse título, desde a edição do Decreto nº 3.048/99 atualizados os valores pela SELIC, com débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal (fls. 131/150).

Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo provimento da apelação (fls. 176/182).

É o relatório.

Decido.

O aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de avos que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

Discute-se no caso dos autos a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

Eis ainda o pronunciamento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal sobre a impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias:

RE-AgR 389903 / DF - DISTRITO FEDERALAG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIORelator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento.

RE-AgR 545317 / DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despidianda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO.

RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido. (RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Assim, o caso é de não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Reconhecida a intributabilidade tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação aquilo que foi pago a maior, sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", é aplicável às

ações ajuizada após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.

2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

No tocante ao mais, entende-se que o **exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.

2. Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.

3.....

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1.....

2.....

3. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos REsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
- 12.....
- 13....
- 14.....
- 15....
- 16....
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.
(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Desse modo, **dou provimento à apelação**, o que faço com fulcro no que dispõe o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com o trânsito, dê-se baixa e remeta-se os autos ao r. Juízo de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039673-93.1996.4.03.9999/SP
96.03.039673-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELANTE : PREFEITURA MUNICIPAL DE IACRI SP
ADVOGADO : EDMIR GOMES DA SILVA
APELADO : OS MESMOS

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

No. ORIG. : 86.00.00007-7 3 Vr TUPA/SP

DECISÃO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela Prefeitura Municipal de Iacri/SP em face de execução fiscal contra si ajuizada pelo extinto Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS visando a cobrança de dívida ativa relativa à contribuição previdenciária.

Na peça inicial, alegou a embargante, **preliminarmente**, a carência da ação sob o fundamento somente poderia ela ser executada na forma do artigo 730 do CPC e não pela Lei nº 6.830/80. **Ainda em preliminar**, sustentou a ocorrência da decadência da dívida embora tenha se utilizado da expressão prescrição. **No mérito**, aduz que "os elementos que instruem a ação, não dão certeza absoluta da dívida" (fls. 02/05).

O Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social apresentou impugnação (fls. 7/7V.).

Às fls. 29/95 foram juntadas cópias do processo administrativo.

Na sentença de fls. 98/101 os embargos foram julgados parcialmente procedentes para que tivesse prosseguimento a execução com relação às prestações não extintas pela decadência.

Interpostos recursos de apelação pelas partes, esta Primeira Turma acolheu a preliminar de cerceamento de defesa alegada pela embargante, anulando a sentença e determinando a realização de perícia judicial e oitiva de testemunhas.

O laudo pericial foi juntado às fls. 160/164 e as testemunhas indicadas pela embargante foram ouvidas em 14.11.95 (fls. 187/191).

Em 28.12.95 foi proferida nova sentença (fls. 202/210), julgando **parcialmente procedentes** os embargos à execução, para declarar que se operou a decadência do crédito tributário até dezembro de 1980, prosseguindo-se a execução somente em relação ao período de janeiro de 1981 em diante. Embargante condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor não atingido pela decadência e as despesas do processo proporcional a esse valor, e a embargada condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atingido pela decadência e as despesas do processo proporcional a esse valor.

Inconformado, apela o Instituto Nacional do Seguro Social, hoje substituído pela União, requerendo a reforma da sentença sob o fundamento de que os créditos tributários se submeteriam ao prazo prescricional de trinta anos vez que seus fatos geradores são posteriores à vigência da Emenda Constitucional nº 8/77 e anteriores à Constituição Federal de 1988 (fls. 213/215).

Por sua vez, a embargante interpôs apelação sustentando, **preliminarmente**, a iliquidez e incerteza dos valores executados na medida em que os elementos que instruem a ação não dariam certeza absoluta da dívida ajuizada, bem como que a perícia judicial realizada teria sido feita por amostragem, daí porque não teria apresentado os valores corretos. **Ainda em preliminar**, aduz que "deve ser o exequente INSS julgado carecedor da presente execução fiscal, uma vez que ajuizou a ação fundada na Lei nº 6.830/80, consoante se vê da petição inicial de fls. 02, cuja matéria se encontra amplamente debatida por ocasião dos embargos à execução interposto". **No mérito**, reitera a falta de liquidez e certeza do crédito tributário (fls. 217/221).

Os recursos foram respondidos (fls. 223/224 e 226/228).

DECIDO.

Atualmente inexistente dúvida acerca do prazo decadencial de cinco anos para a constituição de créditos previdenciários, independentemente do período em que ocorrido o fato gerador.

Com efeito, embora em relação ao prazo prescricional das contribuições previdenciárias haja discussão sobre a necessidade de se observar a data da ocorrência do fato gerador da exação, a fim de se verificar a legislação e o prazo a serem aplicados ao caso concreto, diferente é a situação do prazo decadencial, o qual não sofreu alterações, permanecendo quinquenal. Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTERIOR À CF/88. PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AO FUNRURAL. CANA-DE-AÇÚCAR. BASE DE CÁLCULO. VALOR COMERCIAL. EXCLUSÃO DO VALOR DO TRANSPORTE.

1. O prazo prescricional, no que tange às contribuições previdenciárias, foi sucessivamente modificado pela EC n.º 8/77, pela Lei 6.830/80, pela CF/88 e pela Lei 8.212/91, à medida em que as mesmas adquiriam ou perdiam sua natureza de tributo. Por isso que firmou-se a jurisprudência no sentido de que "o prazo prescricional das contribuições previdenciárias sofreram oscilações ao longo do tempo:

a) até a EC 08/77 - prazo quinquenal (CTN);

b) após a EC 08/77 - prazo de trinta anos (Lei 3.807/60); e

c) após a Lei 8.212/91, prazo de dez anos." 2. "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". (Súmula Vinculante n.º 8 do STF).

3. O prazo decadencial, por seu turno, não foi alterado pelos referidos diplomas legais, mantendo-se obediente ao disposto na lei tributária. (Precedentes: REsp 749.446/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 21/05/2009; REsp 707.678/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 18/12/2008; EDcl no REsp 640.835/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 15/08/2005; REsp 640.848/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 29/11/2004; RESP 409376/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 05/08/2002; ERESP 202203/MG, Relator Ministro José Delgado, 1ª Seção, unânime, DJ de 02/04/2001)

4. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado, hipótese que se amolda à dos autos. (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

5. In casu, o Tribunal a quo, em face do reconhecimento da natureza tributária da contribuição previdenciária pela CF/88, declarou a decadência do direito de constituição do crédito previdenciário relativo às contribuições que deixaram de ser recolhidas nos meses de outubro de 1988 a outubro de 1990, a teor do art. 173 do CTN. Ao revés, no lapso temporal entre janeiro/85 e outubro/88, anteriores à Carta Magna, entendeu pela inocorrência de decadência, uma vez que "a citação do devedor ocorreu dentro do prazo de 30 (trinta) anos, previsto no art. 144 da LOPS".

6. Destarte, impõe-se a reforma do acórdão recorrido neste particular, porquanto transcorrido o prazo decadencial entre a data dos fatos jurídicos tributários (janeiro/85 e outubro/88) e a data em que efetuado o lançamento de ofício (outubro/95).

7. O valor do frete configura parcela estranha ao produto rural, por isso que não está inserido na base de cálculo da contribuição para o FUNRURAL, que consiste tão-somente no valor comercial do produto rural, correspondente ao preço pelo qual é vendido pelo produtor. (Precedentes: AgRg no REsp 668.392/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 02/10/2009; ERESP 616.592/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2007, DJ 03/12/2007; REsp 747.245/AL, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 23/10/2006; REsp 412.555/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 18/08/2006; REsp 668.385/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005; REsp 573.348/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 25/10/2004) 8. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1138159/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 01/02/2010, destaquei)

Assim, passo a análise do caso concreto.

No caso dos autos, anoto que os débitos em questão remontam aos seguintes meses: NFLD n.º 21.076.51765: de julho/1981 a janeiro/1986 (fls. 31/36); NFLD n.º 21.076.51767: de dezembro/1977 a fevereiro/1979 (fls. 44); NFLD n.º 21.076.51768: de abril a maio/1979, setembro/1979, janeiro a fevereiro/1980 e janeiro/1981 (fls. 50); NFLD n.º 21.076.75926: de novembro/1978, março/1979 a fevereiro/1980, janeiro/1981 (fls. 56/57); NFLD n.º 21.076.75927: de julho/1981 a janeiro/1986 (fls. 63/68), sendo que os lançamentos ocorreram em **31.03.1986** (fls. 30, 43, 49, 55, 62).

Assim, verifico não ter se operado a decadência do direito do INSS, hoje substituído pela União Federal, de constituir o crédito tributário relativamente às obrigações cujos fatos geradores ocorreram após janeiro de 1981, porquanto esgotado com relação as demais obrigações o prazo de cinco anos nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Entendo que, no caso, não há que se falar na ocorrência da prescrição, independentemente da legislação vigente na data dos fatos geradores, vez que o executivo fora ajuizado em **16.09.1986**.

No mais, verifica-se que a parte embargante, numa das preliminares argüidas em apelação, reiterou os argumentos contidos na petição inicial como razões de reforma da sentença.

O artigo 514 do Código de Processo Civil estabelece os requisitos necessários à interposição do recurso de apelação, quais sejam: os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão.

Nesse passo, observo que tais requisitos não foram respeitados. Assim, deixa-se de conhecer de parte do apelo, uma vez que é nas razões da apelação que deve o recorrente deduzir o seu inconformismo ao que restou decidido.

A propósito, a orientação jurisprudencial anotada por THEOTÔNIO NEGRÃO (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Saraiva, São Paulo, 2008, 40ª edição, pág. 681, nota "10" ao artigo 514) assevera que: "O CPC (arts. 514 e 515) impõe às partes a observância da forma segundo a qual deve se revestir o recurso apelatório. Não é suficiente mera menção a qualquer peça anterior à sentença (petição inicial, contestação ou arrazoados), à guisa de **fundamentos** com os quais se almeja a reforma do decisório monocrático. À luz do ordenamento jurídico processual, tal atitude traduz-se em **comodismo** inaceitável, devendo ser afastado. O apelante deve atacar, especificamente, os **fundamentos** da sentença que deseja rebater, mesmo que, no decorrer das razões, utilize-se também de argumentos já delineados em outras peças anteriores. No entanto, só os já desvendados anteriormente não são por demais suficientes, sendo necessário o ataque específico à sentença. Procedendo dessa forma, o que o apelante submete ao julgamento do Tribunal é a própria petição inicial, desvirtuando a competência recursal originária do Tribunal (STJ-1ª T., REsp 359.080, rel. Min. José Delgado, j. 11.12.01, negaram provimento, v.u., DJU 4.3.02, p. 213)"

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido do exposto:

"PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DA REGULARIDADE FORMAL - DISSÍDIO NÃO-CONFIGURADO.

1. Não merece ser conhecida a apelação se as razões recursais não combatem a fundamentação da sentença - Inteligência dos arts. 514 e 515 do CPC - Precedentes.

2. Inviável o recurso especial pela alínea "c", se não demonstrada, mediante confrontação analítica, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado.

3. Recurso especial não conhecido."

(REsp 1006110 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02/10/2008)

Não conheço pois desta preliminar.

Em relação à preliminar remanescente, entendo que ela confunde-se com o mérito e com ele será analisada. Tanto confunde-se com o mérito que o próprio embargante apelante a repete no mérito de sua apelação.

No mérito, a **Certidão da Dívida Ativa** não padece de qualquer defeito, eis que lavrada à luz do artigo 2º, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.830/80.

A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da CDA a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EFEITOS DEVOLUTIVO E TRANSLATIVO DA APELAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 515 DO CPC. TRIBUTÁRIO. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DA CDA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM (LEI 6.830/80, ART. 3º) QUE TRANSFERE AO EXECUTADO O ÔNUS DE INFIRMAR A HIGIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO.

(...)

3. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de liquidez, certeza e exigibilidade, incumbindo ao executado a produção de prova apta a infirmá-la.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 493940/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 20/06/2005 p. 124)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE EMBARGOS. PRECATÓRIO. EXPEDIÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE.

(...)

6. A alegação de ser necessária, antes da expedição do precatório, a prolação de sentença de mérito que reconheça a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito exequendo é desprovida de razoabilidade. A Certidão de Dívida Ativa - CDA tem eficácia de prova pré-constituída e goza de presunção de liquidez e certeza, segundo o disposto nos artigos 204 do CTN e 3º da Lei n.º 6.830.80, presunção que somente poderá ser ilidida com a oportuna oposição de embargos à execução.

7. Recurso improvido.

(RMS 17974/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2004, DJ 20/09/2004 p. 215)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Conforme preconiza os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80, a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.
2. A finalidade desta regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.
3. A pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA, prevista no art. 203 do CTN, deve ser interpretada cum granu salis. Isto porque o insignificante defeito formal que não compromete a essência do título executivo não deve reclamar por parte do exequente um novo processo com base em um novo lançamento tributário para apuração do tributo devido, posto conspirar contra o princípio da efetividade aplicável ao processo executivo extrajudicial.
4. Destarte, a nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua a defesa.
5. Estando o título formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre que repousam a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se descabida a sua invalidação, não se configurando qualquer óbice ao prosseguimento da execução.
6. O Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar o decisório agravado, apenas se limitando a corroborar o disposto nas razões do Recurso Especial e no Agravo de Instrumento interpostos, de modo a comprovar o desacerto da decisão agravada.
7. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 485548/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2003, DJ 19/05/2003 p. 145) **PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.**

1. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.
 2. Decisão que vulnera o art. 3º da LEF, ao excluir da relação processual os sócios que figuram na CDA.
 3. Recurso provido.
- (REsp 330518/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 26/05/2003 p. 312)

Do laudo pericial assinado tanto pelo perito judicial como pelo assistente técnico do embargante pode-se destacar o seguinte:

"A) No decorrer da perícia podemos observar que houve arrecadação dos funcionários em favor do IAPAS e portanto não houve o devido recolhimento ao Instituto, portanto trata-se de uma apropriação indébita (arrecadou e não recolheu) pode-se verificar nos autos do Fiscal (sic).

B) No levantamento pudemos observar que não há recolhimento também da parte da Empresa (Prefeitura).

C) Há deduções nos autos levantados pelo Fiscal dos valores de Salário Família, não havendo deduções de contribuições recolhidas pela Empresa (parte funcionários e parte Empresa)" (fls. 163).

Já em relação à arguição da embargante de que a perícia judicial realizada teria sido feita por amostragem, o senhor perito judicial esclarece às fls. 193/194 que:

"Na perícia por amostragem se entende a seqüência dos documentos quando da mesma origem. Exemplo: No caso da Prefeitura de Iacri/SP. Uma folha de pagamento com todos os seus integrantes e valores constantes é lógico que os meses subsequentes serão levantados por amostragem, folhas de pagamentos iguais, quando diversificada de valores e integrantes é lógico que vai se verificar o ocorrido (...)

Já defini o que é por amostragem. O fiscal na época teve condições de analisar os documentos ainda perfeitos; os documentos que me foram apresentados estavam corruídos (sic) por cupim, podres, mofados, com barro, com inseticida, fora de ordem, mal acondicionados, rasgados, diante desses documentos por (amostragem) e seqüência pude chegar aos fatos. É bom saber que além das folhas de pagamentos ou outros documentos, a Prefeitura emite documentos para o custeio daquele documento, o que eu tive oportunidade de verificar também."

Assim, conclui-se que a embargante não se desincumbiu do ônus da prova do alegado, pois deveria ter demonstrado cabalmente o fato constitutivo de seu direito, consoante preceitua o art. 333, I, do Código de Processo Civil. Não o fazendo, é caso de se manter a sentença.

Pelo exposto, com fulcro no que dispõe o art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento às apelações.

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00020 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0012498-60.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.012498-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : CALCADOS MAZZEO LTDA
ADVOGADO : MAURICIO SERGIO CHRISTINO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00026666719994036182 3F Vr SAO PAULO/SP

Decisão

Trata-se de agravo legal, interposto pela União Federal, em face da decisão de fls. 146/148 que, negou seguimento ao agravo de instrumento, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

O recurso de agravo de instrumento foi interposto pela União Federal, em face de decisão que, em sede de execução fiscal de contribuições previdenciárias, indeferiu o pedido de inclusão dos sócios, co-responsáveis solidários, no pólo passivo da demanda, com fundamento em que está prescrita a pretensão da Fazenda de cobrar o crédito dos co-responsáveis.

Nesta sede, a União Federal alega que o termo "jurisprudência dominante" estampado no art. 557 do CPC é sinônimo de "jurisprudência pacífica", o que não restou atendido no julgado hostilizado. Aduz que a prescrição intercorrente pode ser decretada sempre que tenha ocorrido indevidamente a paralisação do feito, o que não se verificou no caso em apreço.

Em sede de juízo de retratação, decido.

Por primeiro, a expressão "jurisprudência dominante" não é sinônimo de "jurisprudência pacífica", devendo entender-se por jurisprudência "dominante" aquela majoritária e não aquela pacífica, sob pena de inviabilizar a aplicação do art. 557 do CPC.

A Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos contados da constituição definitiva do crédito tributado para cobrar judicialmente o débito. Diversamente do que ocorre com os prazos decadenciais, o prazo prescricional pode ser interrompido ou suspenso, nos termos do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Dessarte, o parágrafo único, inciso I, do mencionado dispositivo legal, antes da alteração introduzida pela Lei Complementar 118/2005 estabelecia que somente a citação do devedor provoca a interrupção da prescrição. Ressalte-se que, anteriormente, à alteração introduzida pela LC 118/2005 no CTN, apenas a Lei 6.830, no art. 8.º, §2º, fixava como marco interruptivo da prescrição, o despacho que ordena a citação, regra essa de constitucionalidade duvidosa, em face do art. 18, §1.º, da Constituição de 1969 que reservou à lei complementar as normas gerais de direito tributário.

Sendo assim, proposta a ação de execução fiscal e interrompida a prescrição pela citação pessoal do devedor, de acordo com o art. 174, I, do CTN, com a redação anterior à Lei Complementar n.º 118/05, ou, atualmente, pelo despacho que ordenar a citação, pode acontecer de o processo ficar paralisado, o que dá causa à prescrição intercorrente.

Ora, é pacífico o entendimento na Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, em conformidade com o art. 174 do Código Tributário Nacional (AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Órgão Julgador Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJE 02/10/2008).

No caso sob estudo, os débitos em cobro referem-se ao período de formação da dívida de janeiro/97 a agosto/98, conforme CDA de fls. 14/28, tendo a ação de execução fiscal sido ajuizada em janeiro/99, não se verificando, portanto, a prescrição.

A empresa executada foi citada em 30 de abril de 1999 (fl. 33), o que interrompeu o lapso prescricional nos termos do art. 174, I do CTN e, o pedido de inclusão dos sócios foi formulado apenas em julho de 2009 (fls. 137/141), mas apenas após a exequente ter despendido todos os esforços a fim de localizar bens da empresa para saldar o débito.

Ora, por força do *Princípio da Actio Nata*, deve ser considerado como início do prazo prescricional o momento em que a exequente tomou ciência da inexistência de bens da empresa executada, o que ocorreu em abril de 2009 (fl. 133).

O *Princípio da Actio Nata* é o princípio de Direito segundo o qual a prescrição e decadência só começam a correr quando o titular do direito violado toma conhecimento da existência de um fato e da extensão de suas conseqüências. Está encampado pelo ordenamento jurídico pátrio no Código de Defesa do Consumidor (arts. 26 e 27), no Código Civil (art. 189) e também restou reconhecido na Súmula nº 278 do STJ, segundo a qual: o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

Ademais, a análise dos autos indica que a exequente não permaneceu inerte no feito originário, diligenciando no sentido de localizar o devedor e bens da sociedade para saldar o débito. Deste modo, aplicável à espécie o teor da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Nesse sentido, aliás, o entendimento dominante desta Corte:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL: VENCIMENTO DO DÉBITO. TERMO FINAL: AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. SÚMULA Nº 106 DO STJ . EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE . NÃO OCORRÊNCIA.

1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que a notificação do contribuinte se dá no momento da entrega da DCTF, não há que se falar em decadência, tendo em vista que a constituição do crédito tributário opera-se automaticamente.
2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inexistindo pagamento antecipado a se homologar, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração ao Fisco, de maneira que a quantia devida passa a ser exigível a partir daquela data, devendo ser promovida, portanto, a execução fiscal nos cinco anos subsequentes, sob pena de prescrição .
3. No caso em apreço, não foi acostada aos autos a DCTF, de modo que a data do vencimento do débito deve ser adotada como termo a quo para a contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal, conforme entendimento da Turma.
4. Execução ajuizada anteriormente à vigência da Lei Complementar 118/2005, portanto, o termo final para a contagem do prazo prescricional deve ser a data do ajuizamento da execução. Súmula 106 do STJ .

5. Não se aplica ao caso a regra contida no § 3º, do artigo 2º, da Lei 6.830/1980, que trata da suspensão da prescrição pelo prazo de 180 dias. A prescrição é norma geral em matéria tributária, que deve ser regulada por lei complementar, conforme artigo 146, inciso III, letra "b", da CF/1988, e que se encontra disciplinada pelo artigo 174 do CTN, o qual não prevê hipótese de suspensão.
6. O débito em comento não está prescrito, considerando que entre a data de vencimento e a data do ajuizamento da execução transcorreu prazo inferior a cinco anos.
7. O STJ tem entendimento no sentido de que a citação do sócio para fins de redirecionamento de execução fiscal deve ser efetuada nos cinco anos a contar da data da citação da empresa executada (artigo 174 do CTN).
8. Não se operou a prescrição intercorrente, pois a demora na citação dos sócios da executada não decorreu de inércia da exequente, mas, sim, de motivos inerentes ao mecanismo da justiça, considerando que a Fazenda Nacional engendrou esforços ininterruptos com o fito de localizar e citar os coexecutados.
9. Apelação provida, para determinar o prosseguimento da execução fiscal.
(AC - 1513448/SP, Relator Desembargador Federal MÁRCIO MORAES, Órgão Julgador Terceira Turma, DJU 13/09/2010, p. 262)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO ADMINISTRADOR. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE . INOCORRÊNCIA.

- 1 - Agravo de Instrumento interposto pela União Federal - Fazenda Nacional em face de decisão do Juízo Federal da 2ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP que, em sede de Execução Fiscal, reconheceu a prescrição quanto ao co-executado, alegada por meio de exceção de pré-executividade.
- 2 - A exequente não pode ser prejudicada pela demora imputável ao Judiciário, conforme entendimento da Súmula 106 do STJ . Além disso, a União Federal - Fazenda Nacional, ora agravante, vinha promovendo o andamento regular da ação executiva.
- 3 - Não se justifica a condenação da União Federal - Fazenda Nacional neste momento. Nos termos do artigo 20, caput, do Código de Processo Civil "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios." Dessa forma, a condenação aos ônus da sucumbência pressupõe o fim do processo para as partes, o que não se configurou, haja vista não ter ocorrido a prescrição .
- 4 - Agravo de Instrumento a que se dá provimento.
(AI - 315407/SP, Relator Desembargador Federal LAZARANO NETO, Órgão Julgador Sexta Turma, DJF 17/05/2010, p. 195)

Por derradeiro, não há que se argumentar que a aplicação da Súmula 106 do STJ ao caso em apreço eternizaria a lide, violando o princípio da segurança jurídica, como restou consignado na decisão agravada, diante do disposto no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, especialmente seu §4.º.

Com tais considerações, em sede de juízo de retratação, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, §1.º - A do Código de Processo Civil.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos à Comarca de origem.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037585-28.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.037585-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELANTE : ZIFF HEALTH DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : VALDIR LUCIO MACHADO DE OLIVEIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 04.00.00383-6 1 Vr SUMARE/SP

Desistência

Trata-se de apelação interposta em face de sentença (fls. 52/54) que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal. Honorários advocatícios em 20% do valor da execução.

A apelante informou que aderiu ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009 e desistiu do feito.

DECIDO.

A adesão ao parcelamento condiciona o contribuinte à desistência de qualquer ação relativa aos débitos com a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, V, do Código de Processo Civil, julgando prejudicada a apelação.

Tendo em vista que a isenção do pagamento de honorários advocatícios a que alude o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.941/2009 se refere apenas às ações em que se requer o restabelecimento de sua opção ou sua reinclusão em outros parcelamentos, mantenho a condenação da apelante em honorários advocatícios.

P.I.

Com o trânsito, dê-se baixa e remetam-se os autos ao r. juízo de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00022 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0002576-28.2010.4.03.6100/SP
2010.61.00.002576-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
PARTE AUTORA : CIA LECO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS
ADVOGADO : ELTON ENEAS GONCALVES e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00025762820104036100 19 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de remessa oficial de sentença que concedeu a segurança em Mandado impetrado com o objetivo de afastar a aplicação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP às alíquotas dos Riscos Ambientais do Trabalho - RAT, com a restauração da aplicabilidade do art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, enquanto pender a análise de recurso administrativo. O Ministério Público Federal opinou pela perda de objeto do presente mandamus, pois com a edição do Decreto n.º 7.126/2010, foi atribuído efeito suspensivo a todos os processos administrativos que impugnam os critérios utilizados para a composição do Fator Acidentário Previdenciário - FAP.

Decido.

Acolho o Parecer do Ministério Público.

Com a edição do Decreto n.º 7.126/2010, foi atribuído efeito suspensivo a todos os processos administrativos que impugnam os critérios utilizados para a composição do Fator Acidentário Previdenciário - FAP, decreto esse que contempla inclusive os processos administrativos em curso na data de sua publicação, (04/03/2010).

Com tais considerações, com fulcro no Art. 267, inciso VI, do CPC, julgo extinto o feito sem resolução do mérito.

P.I. Oportunamente remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00023 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015946-51.2004.4.03.0000/SP

2004.03.00.015946-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : IRMAOS ABRAO
ADVOGADO : JOÃO FAUSTINO NETO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE VIRADOURO SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.00.00002-8 1 Vr VIRADOURO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por IRMAOS ABRAO em face da decisão que, em sede de Execução Fiscal de contribuições previdenciárias, indeferiu o pedido de redução de penhora requerido pela agravante.

A decisão agravada indeferiu o pedido ao argumento de que não está comprovado de que os bens penhorados totalizem o montante indicado, não acolhendo a reavaliação apresentada, bem como fundamentando ao argumento de que há outras execuções fiscais que devem ser garantidas por esses bens.

Decido.

O presente agravo é manifestamente improcedente.

O artigo 15, I, da Lei n. 6.830/1980, limita ao executado a possibilidade de substituir os bens penhorados apenas por dinheiro ou fiança bancária. O pedido de substituição, ao qual a redução se equipara, por outros bens, que não dinheiro ou fiança, só pode ser deferido com a anuência do credor, no caso, a Fazenda Nacional.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou em sede de Recurso Repetitivo, pelo regime do artigo 543-C do CPC:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO DE DINHEIRO POR VEÍCULOS. DISCORDÂNCIA EXPRESSA DA EXEQUENTE. LEGITIMIDADE. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.090.898/SP, REALIZADO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. 1. Caso em que se discute a substituição de penhora de dinheiro por veículos de propriedade da parte executada, mesmo com a recusa da exequente. 2. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Resp n. 1.090.898/SP, realizado na sistemática do art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento de que a Fazenda Pública pode recusar a substituição da penhora por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos artigos 11 e 15 da Lei n. 6.830/80. 3. A jurisprudência do STJ entende que para a substituição da penhora por outro bem diverso do elencado no inciso I do artigo 15 da Lei 6.830/80 faz-se necessária a anuência expressa do exequente, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1132287/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9/3/2010, DJe 17/3/2010; AgRg no Ag 1075169/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/3/2010, DJe 16/3/2010; AgRg no Ag 1069135/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/4/2009, DJe 4/5/2009. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AGRESP 1182830 - PRIMEIRA TURMA - MINISTRO BENEDITO GONÇALVES - DJE DATA:16/08/2010)

Com tais considerações e nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao agravo de instrumento.

P.I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00024 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034843-20.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034843-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : ABASE ALIANCA BRASILEIRA DE ASSISTENCIA SOCIAL E EDUCACIONAL
ADVOGADO : CENISE GABRIEL FERREIRA SALOMAO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00115734520104036182 7F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto em face da decisão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União em face da decisão que recebeu os embargos à execução nos efeitos suspensivo e devolutivo.

A União alega que incide, *in casu*, o art. 739-A do Código de Processo Civil, que condiciona a concessão de efeito suspensivo aos embargos à concorrência de quatro requisitos: quais sejam, a penhora regular e suficiente para garantia do juízo, o pedido específico por parte do embargante em relação ao efeito suspensivo, a relevância dos fundamentos contidos nos embargos e a possibilidade de dano grave e de difícil reparação. Segundo a União, não há a relevância dos fundamentos contidos nos embargos e a possibilidade de dano grave e de difícil reparação.

Decido.

Com relação à aplicabilidade do artigo 739-A do CPC nas ações de execução fiscal, a Lei n.º 6.830/80 nada dispõe sobre os efeitos em que são recebidos os embargos.

Diante dessa lacuna, aplicam-se subsidiariamente as regras previstas no CPC, nos termos do artigo 1.º da LEF.

O artigo 739-A e seu § 1.º está assim redigido:

"Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes."

Da leitura do *caput* do destacado dispositivo legal, verifica-se que os embargos do executado são recebidos sem efeito suspensivo.

Contudo, o juiz pode atribuir efeito suspensivo a requerimento do embargante, quando preenchidos quatro requisitos cumulativos: a) requerimento específico do embargante; b) garantia por penhora, depósito ou caução suficientes; c) relevância dos fundamentos dos embargos (*fumus boni iuris*); e d) possibilidade de ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*).

Esse é o entendimento desta Primeira Turma (AG 2008.03.00.028326-2, Rel. Juiz Convocado Márcio Mesquita, j. 13/01/2009, DJF3 09/02/2009; AG 2008.03.00.025473-0, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 04/11/2008, DJF3 01/12/2008; AG 2008.03.00.011813-5, Rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo, j. 8/10/2008, DJF3 10/11/2008), O Superior Tribunal de Justiça também já definiu a questão:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. "DIÁLOGO DAS FONTES". 1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo. 2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do CPC", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. 3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que seu direito é bom. 4. Trata-se de nova concepção da Teoria Geral do Processo de Execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microsistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes". 5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Na ausência de disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos Embargos à Execução Fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre adotaram as regras do Código de Processo Civil. 6. A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da Teoria Geral do Processo de Execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980. Precedentes do STJ: REsp 1.024.128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 19.12.2008; RCDESP na MC 15.208/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 16/04/2009; Resp 1.065.668/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 21/09/2009. 7. Não se trata de privilégio indevido a ser concedido à Fazenda Pública, mas de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos. 8. Hipótese em que a decisão de admissibilidade dos Embargos do Devedor para fins de recebimento e processamento é datada de 25.1.2007, razão pela qual se aplicam as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006. 9. Agravo regimental não provido. (STJ, AGRESP 1030569, SEGUNDA TURMA, Ministro HERMAN BENJAMIN, DJE DATA:23/04/2010)

Verifica-se dos autos que estão presentes os requisitos.

Há garantia da execução, tanto assim que a União expediu Certidão Positiva com efeitos de Negativa, bem como a executada alega que pende análise de ação ordinária que objetiva o reconhecimento de imunidade quanto aos tributos

cobrados, bem como que o prosseguimento da execução pode lhe causar danos de difícil e incerta reparação, o que é fato, pois está penhorado um imóvel de sua propriedade.

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00025 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034925-51.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034925-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : DIFRAN IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SOROCABA >10ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00093816420104036110 2 Vr SOROCABA/SP
DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, deferiu parcialmente a liminar em sede de mandado de segurança impetrado com o objetivo de suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas pagas pela impetrante a título de aviso prévio indenizado e a respectiva parcela de 13º salário, adicionais sobre horas extras, noturno, insalubridade, periculosidade e transferência.

A decisão agravada afastou a exigência da contribuição previdenciária incidente sobre as verbas pagas pela impetrante a título de aviso prévio indenizado e a respectiva parcela de 13º salário.

Sustenta-se, em suma, que os valores pagos a título de adicionais sobre horas extras, noturno, insalubridade, periculosidade e transferência não têm natureza salarial, logo não deve incidir sobre elas a contribuição previdenciária. É o relatório. Decido.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça que incide contribuição previdenciária sobre o adicional de horas-extras, insalubridade, noturno e periculosidade, em razão do seu caráter salarial. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS EMPREGADORES. ARTS. 22 E 28 DA LEI N.º 8.212/91. SALÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ADICIONAIS DE HORA-EXTRA, TRABALHO NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL PARA FIM DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PREVISTA NO ART. 195, I, DA CF/88. SÚMULA 207 DO STF. ENUNCIADO 60 DO TST.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário-maternidade (Súmula n.º 207/STF).

2. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado n.º 60).

3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária.

4. O legislador ordinário, ao editar a Lei n.º 8.212/91, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade.

5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido.

(STJ - Primeira Turma - RESP - RECURSO ESPECIAL - 486697/PR - DJ DATA:17/12/2004 PÁGINA:420, Relator MINISTRA DENISE ARRUDA)

ADICIONAL POR TRANSFERÊNCIA

Esta Corte já decidiu pelo caráter salarial do adicional de transferência:

" PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - VERBAS TRABALHISTAS - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1. O valor pago ao empregado, pelo empregador, nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento por doença ou acidente de trabalho - que não deve ser confundido com o "auxílio doença", benefício previdenciário pago a partir do 16º (décimo sexto) dia do afastamento - e o valor pago a título de adicional de transferência têm natureza salarial e integram, portanto, a base de cálculo da contribuição previdenciária, nos termos do inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91 e do parágrafo 3º do artigo 60 da Lei 8.213/91. 2. Agravo de instrumento provido."

(TRF3, AG 2007.03.00.000935-4, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI, DJF3 DATA:18/05/2009 PÁGINA: 175)

Com tais considerações e nos termos do artigo 557, Caput, do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento.

P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00026 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014160-59.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.014160-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : CONDOMINIO CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE BRASIL
ADVOGADO : DANIELLE CAMPOS LIMA e outro
: JOAO GILBERTO MARCONDES MACHADO DE CAMPOS
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00104545920044036182 2F Vr SAO PAULO/SP

Decisão

Vistos.

Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto em face da decisão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União em face da decisão reproduzida à fl. 265, em que o Juízo Federal da 2ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP recebeu os embargos à execução nos efeitos suspensivo e devolutivo.

A decisão ora agravada acolheu a alegação da União de que incide, *in casu*, o art. 739-A do Código de Processo Civil, que condiciona a concessão de efeito suspensivo aos embargos à concorrência de quatro requisitos: quais sejam, a penhora regular e suficiente para garantia do juízo, o pedido específico por parte do embargante em relação ao efeito suspensivo, a relevância dos fundamentos contidos nos embargos e a possibilidade de dano grave e de difícil reparação. Segundo a União, não houve pedido específico e a penhora não garantiu o juízo na totalidade do débito.

A agravante aduz que os embargos foram opostos em 20/04/2004, portanto antes das modificações introduzidas pela Lei nº 11.386/2006 e que não poderia prever o determinado por lei futura.

Decido.

Quando do ajuizamento dos embargos à execução não estava vigente a Lei nº 11.382/2006. Naquela época, era pacífico que a propositura dos embargos suspendia a execução, até o julgamento de primeiro grau.

Assim, apesar da norma em questão ser de natureza processual e ter aplicação imediata, opostos os embargos antes da sua edição, consumou-se o ato de defesa da embargante, não podendo ela ser responsabilizada pela mora do Poder Judiciário em analisar o seu pleito.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - EFEITO SUSPENSIVO - ART. 739-A, CPC - LEI Nº 11.382/06- POSTERIORIDADE - LEI PROCESSUAL - RECURSO PROVIDO. 1. Tratando-se de norma processual, o disposto no art. 739-A deverá ter aplicação imediata, incidindo nas ações de execução fiscal em regular tramitação. 2. Os presentes embargos à execução foram opostos em 3/5/2005, quando ainda vigia a redação antiga do CPC, que conferia efeito suspensivo aos embargos. A Lei nº 11.382 foi publicada em 6/12/2006, com vacatio legis previsto pela LICC. O recebimento dos embargos, entretanto, consistente na decisão ora agravada, ocorreu somente

em 17/11/2009, posto que foram determinadas diversas diligências pelo MM Juízo de origem. 3. Assim, não merece a embargante ser penalizada pela paralisação do feito a que não deu causa. 4. O novel artigo 739-A, CPC, dispõe os requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos embargos. Impô-lo agora à embargante, que já havia oposto seus embargos antes da vigência de tais requisitos, seria proporcionar dano irreparável à parte. 5. No que concerne à necessidade de garantia do juízo, cumpre ressaltar que consta dos autos termo de penhora de equipamento, justificando o recebimento dos embargos. 6. Sobre o recebimento dos embargos nos casos em que a penhora é insuficiente, a jurisprudência já se manifestou (RESP 739137, EARESP 710844 e RESP 758266), afirmando que devem ser recebidos, possibilitando-se seu reforço, se for o caso, em fase posterior do processo, nos termos do art. 15, II, da Lei 6.830/80. De outro modo, restariam violados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido: RESP 200500545859 (STJ) e AI 200803000423485 (TRF 3ª Região). 7. Agravo de instrumento provido. (TRF3 - AI 200903000418093, TERCEIRA TURMA, Desembargador Federal NERY JUNIOR, DJF3 CJI DATA:30/03/2010 PÁGINA: 542)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LEI N.º 11.382/06. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. EMBARGOS À EXECUÇÃO INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI PRETÉRITA. ATO JÁ CONSUMADO. APLICAÇÃO DO ART. 739, § 1º, DO CPC. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO PROVIDO. 1. A Lei n.º 11.382/06 - por ter alterado dispositivos da Lei no 5.869/73, relativos ao processo de execução - é norma de natureza processual, possuindo aplicação imediata, não sendo hipótese de violação ao princípio da irretroatividade. 2. No caso concreto, os embargos à execução interpostos pelo agravante não constitui ato complexo que tenha, porventura, se iniciado na vigência de lei pretérita e se exaurido após a entrada em vigor da novel legislação (L. n.º 11.382/06). Cuida-se de ato processual de defesa consumado no momento de sua interposição (em 08 de janeiro de 2007), portanto, ainda sob a plena vigência do art. 739, § 1º, do CPC, que dispunha que os embargos seriam sempre recebidos com efeitos suspensivo. 3. Agravo de instrumento provido, para reconhecer o direito do embargante em obter efeito suspensivo aos embargos, na estrita observância do preceptivo em comento que vigia ao tempo em que apresentou sua defesa. (TRF4 - AG 200704000215369 - SEGUNDA TURMA - DESEMBARGADOR FEDERAL OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA - D.E. 12/09/2007)

Com tais considerações, em regime de retratação, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL e, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00027 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033607-33.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033607-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : JOAO BATISTA JANUARIO -EPP e outro
: JOAO BATISTA JANUARIO
ADVOGADO : DENISE COIMBRA CINTRA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PEDREGULHO SP
No. ORIG. : 09.00.00753-4 1 Vr PEDREGULHO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOAO BATISTA JANUARIO -EPP e outro, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão que, em autos de Execução Fiscal, indeferiu o pedido de desbloqueio de R\$ 30,00, retidos por meio da penhora online em garantia de débito de R\$ 63.845,34.

A agravante alega que parcelou os débitos, nos termos da Lei nº 11.941/2009, requerendo o levantamento da penhora, nos termos do artigo 151 do CTN e art. 1º, §16, da Lei já mencionada.

É o relatório.

Decido.

O valor é irrisório e não se presta nem para cobrir custas processuais, sendo indevida a sua penhora.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. VALOR IRRISÓRIO EM RELAÇÃO AO TOTAL DO DÉBITO EXEQUENDO. DESBLOQUEIO IMEDIATO. INTELIGÊNCIA DO ART. 659, § 2º, DO CPC. I - Segundo inteligência do art. 659, § 2º, do CPC, em se mostrando irrisório o valor do bem em relação ao total do débito exequendo, não cabe levar a efeito a penhora que não vai cumprir a finalidade do processo de execução. II - Agravo Regimental desprovido.

(TRF1 - AGA 200701000535864 - OITAVA TURMA - DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE - e-DJF1 DATA:07/05/2010 PAGINA:566)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA BACENJUD PARA OBTER INFORMAÇÕES E BLOQUEIO DE EVENTUAIS CRÉDITOS DA EXECUTADA EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 655-A, DO CPC. COMPROVAÇÃO DE INSUCESSO DAS DILIGÊNCIAS EFETUADAS PELA EXEQUENTE NO SENTIDO DE LOCALIZAR BENS DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. VALORES IMPENHORÁVEIS. 1. Dispõe o art. 185 do CTN que na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. 2. O art. 655-A, do CPC, inserido pela Lei nº 11.382/06, de aplicação subsidiária à Lei nº 6.830/80, dispõe sobre a penhora de dinheiro, depósito ou aplicação financeira, a ser realizada pelo juiz, preferencialmente por meio eletrônico, a requerimento da exequente. 3. A entrada em vigor de tal dispositivo legal não tornou obrigatória a constrição em dinheiro em depósito ou aplicação financeira, através do Sistema BacenJud, mas tão somente veio a sedimentar prática já vinha sendo utilizada no âmbito da Justiça, desde que cumpridos os requisitos. 4. A penhora on line, por se tratar de medida excepcional, deve ser autorizada somente quando a exequente comprovar que esgotou todos os meios à sua disposição para localizar o executado e bens de sua propriedade, passíveis de penhora, de modo a garantir o juízo e possibilitar o prosseguimento da execução fiscal. 5. No caso sub judice, a agravante comprovou haver diligenciado em busca de bens passíveis de constrição. Diante disso, a medida foi deferida, mas, com a constatação de que os executados possuíam apenas valores irrisórios em contas correntes, procedeu-se ao desbloqueio. Inconformada, a exequente requereu novamente a indisponibilidade das quantias depositadas, sendo seu pedido indeferido. 6. Como é cediço, o art. 649, IV, do Código de Processo Civil estabelece a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, pois ostentam caráter alimentar. O inc. X do mesmo dispositivo legal determina a impenhorabilidade até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos da quantia depositada em caderneta de poupança. 7. Esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora em nome dos executados, de modo a garantir o juízo e possibilitar o prosseguimento da execução fiscal, entendo cabível o bloqueio dos ativos financeiros dos agravados, desde que observados os valores absolutamente impenhoráveis. 8. Precedente desta E. Sexta Turma. 9. Agravo de instrumento provido.

(TRF3 - AI 201003000008970 - SEXTA TURMA - DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - DJF3 CJI DATA:27/04/2010 PÁGINA: 316)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. VALOR IRRISÓRIO. DESBLOQUEIO. 1. Se o valor obtido em consulta ao sistema BACENJUD é irrisório comparado com o montante do crédito objeto da execução, não se justifica a manutenção da penhora. 2. O objetivo do legislador, ao estabelecer a possibilidade de penhora on line como meio executivo, é a satisfação do crédito exequendo - e não a penalização do devedor. Assim, se o bloqueio de valor irrisório não satisfaz esse desiderato, mostra-se adequada e razoável a liberação do valor bloqueado. Precedentes deste TRF. 3. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF4 - AG 200904000424666 - DESEMBARGADOR FEDERAL OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA - SEGUNDA TURMA - D.E. 07/04/2010)

Com tais considerações e nos termos do artigo 557, 1-A, do Código de Processo Civil, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento e determino o desbloqueio dos valores objeto de discussão neste agravo de instrumento. P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021744-26.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.021744-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

APELADO : LENY DE MOURA ALVES DOS SANTOS (= ou > de 65 anos) e outros
: JOSE HAROLDO DE MATTOS PEREIRA
: EROTIDES FELIPE (= ou > de 65 anos)
: MARIA FRANCISCA FERREIRA ALVES (= ou > de 65 anos)
: CELIA MOURA DE SIQUEIRA (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : OLGA DE CARVALHO ALVES OLIVEIRA e outro
PARTE AUTORA : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

DECISÃO

Trata-se de Agravo Legal, com fulcro no art. 557, interposto pela União (Advocacia Geral da União) em face da decisão que negou seguimento à apelação.

Cuidam os autos de embargos à execução, promovidos pela União (AGU), no tocante aos honorários advocatícios, em decorrência da sua condenação à incorporação aos vencimentos dos autores da execução, no percentual de 11,98%.

A r. sentença de primeiro grau, julgou parcialmente procedentes os embargos, e tornou líquida a sentença pelo valor constante nos cálculos apresentados nos autos (R\$ 34.334,52 - trinta e quatro mil, trezentos e trinta e quatro reais e cinquenta e dois centavos).

Sobreveio a apelação, interposta pela União (Fazenda Nacional), que pleiteou, em síntese, a prevalência apenas dos índices oficiais de correção monetária.

Em sua decisão, o ilustre Desembargador Federal Luiz Stefanini negou seguimento à apelação da União (Fazenda Nacional).

Contra essa decisão, insurge-se a União (AGU), através de Agravo Legal, nos termos do art. 557 § 1º, aduzindo que são nulos todos os atos processuais ocorridos desde o momento em que não foi intimada. Sustenta que não foi intimada do despacho de fs. 151, onde o nobre juiz *a quo* determinou às partes que se manifestassem sobre os cálculos do contador. Alega ainda que, desde o referido despacho, não mais foi intimada, tendo a Procuradoria da Fazenda recebido erroneamente as intimações e manifestado-se nos autos desde então.

Feito o breve relatório, passo a decidir.

Assiste razão à União (AGU).

De fato, compulsando-se os autos, verifica-se que à fl. 152 a Subsecretaria determinou, erroneamente, vista dos autos à Procuradoria da Fazenda Nacional.

Assim, há que se reconhecer a nulidade de todos os atos processuais, a partir do despacho de fl. 151.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo legal para anular a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à Vara de Origem, devendo a União Federal (AGU) ser intimada dos cálculos de fls 104/149 para o regular prosseguimento do feito.

P.I.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00029 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035117-81.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035117-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : VICUNHA TEXTIL S/A e outro
: VICUNHA TEXTIL S/A
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DANTAS e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00132140820104036105 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) contra decisão de fls. 14/15 (fls. 77/78 dos autos originais) proferida pelo Juízo Federal da 2ª de Campinas/SP que, em sede de mandado de segurança, **deferiu liminar** para o fim de suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre o **aviso prévio indenizado**.

Requer a parte agravante a reforma da decisão aduzindo, em síntese, ser devida a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado uma vez que compreendida na totalidade da remuneração recebida pelo empregado, constituindo, portanto, base de cálculo da contribuição social.

Afirma ainda que as exceções à incidência da contribuição encontram-se taxativamente previstas no artigo 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, dentre as quais não estão arroladas as verbas atinentes ao aviso prévio.

Há pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso (fl. 13).

Decido.

O **aviso prévio** é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) em seu art. 214, § 9º, inciso V, alínea "f", determinava a não incidência do INSS sobre o "aviso prévio indenizado", mas a situação mudou com a revogação do dispositivo pelo Decreto nº 6.727 de 12.1.2009 de modo que a partir dessa data os trabalhadores e empresas estão obrigados ao pagamento de contribuição sobre o respectivo montante.

Sucedem que o pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, "*in casu*", trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida.

(TRR 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

E neste sentido também vem se posicionando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Assim, **o caso é de não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado**, não obstante a revogação da alínea "f" do inciso V do § 9º do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social pelo Decreto nº 6.727/2009.

Com efeito, é consabido que o Regulamento da Previdência tem apenas o condão de explicitar o quanto disposto na Lei 8.212/91 não podendo servir indiretamente de norma impositiva tributária, tampouco se prestando a alterar a natureza jurídica de verba paga ao empregado.

Pelo exposto, **indefiro** o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se à origem.

À contraminuta.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johansom di Salvo

Desembargador Federal

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012487-50.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.012487-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : REI DA DUQUE IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : JOSE ROBERTO MARCONDES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial em Mandado de Segurança que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre seus débitos parcelados na via administrativa.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(**Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante. P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00031 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013160-10.1999.4.03.0000/SP

1999.03.00.013160-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : REI DA DUQUE IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : JOSE ROBERTO MARCONDES
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 1999.61.00.012487-1 2 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, que discute a exigência de multa moratória sobre débitos parcelados na via administrativa.

O pedido de efeito suspensivo foi negado à fl. 57.

À fl. 73 consta a informação de que foi prolatada sentença nos autos em que proferida decisão contra a qual foi interposto este agravo.

O presente feito foi apensado à Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.61.00.012487-1, na qual foi proferida decisão monocrática terminativa nesta data.
Seja pela prolação de sentença em primeiro grau, seja pela decisão desta Corte nos autos principais, operou-se a perda de objeto do presente recurso.
Com tais considerações, **julgo prejudicado** o agravo de instrumento, nos termos do disposto no artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Corte.
Int.-se. Oportunamente remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0061330-91.1996.4.03.9999/SP
96.03.061330-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : FUNDICAO DIMART IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : JURANDIR CARNEIRO NETO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 95.00.00042-0 3 Vr ARARAS/SP

DECISÃO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por Fundação Dimart Indústria e Comércio Ltda. em face de execução fiscal contra si ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social visando a cobrança de dívida ativa relativa à contribuição previdenciária.

Na peça inicial, alegou a embargante, em apertada síntese, a impossibilidade de apresentação do débito em UFIR, a indevida utilização da TR como índice de correção monetária, bem como ser indevida a majoração de 18,2% para 20% da alíquota da contribuição previdenciária incidente sobre o 13º salário e àquela incidente sobre a remuneração paga aos administradores e autônomos (fls. 02/07).

O Instituto Nacional do Seguro Social apresentou impugnação (fls. 14/16).

Na sentença de fls. 21/29 o MM. Juiz *a quo* julgou **improcedentes** os embargos à execução, oportunidade em que condenou a embargante ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 20% do valor do débito, corrigido, em substituição àqueles arbitrados na execução.

Inconformada, a embargante interpôs apelação, sustentando o não cabimento da utilização da TR como índice de correção monetária do débito; ser indevida a majoração de 18,2% para 20% da alíquota da contribuição previdenciária incidente sobre o 13º salário, sob o fundamento de que a mesma violaria o artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, não teria fundamento os honorários serem fixados em 20% do valor do débito corrigido, pois não refletiriam o trabalho dispendido e por não ser devido. Já em relação às matéria remanescentes, reiterou os fundamentos da inicial como razões de reforma da sentença (fls. 31/33).

O recurso foi respondido (fls. 36/39).

DECIDO.

Verifica-se que a apelante, em parte de suas razões recursais, reiterou os argumentos contidos na petição inicial como razões de reforma da sentença.

O artigo 514 do Código de Processo Civil estabelece os requisitos necessários à interposição do recurso de apelação, quais sejam: os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão.

Nesse passo, observo que tais requisitos não foram respeitados. Assim, deixa-se de conhecer de parte do apelo, uma vez que é nas razões da apelação que deve o recorrente deduzir o seu inconformismo ao que restou decidido.

A propósito, a orientação jurisprudencial anotada por THEOTÔNIO NEGRÃO (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Saraiva, São Paulo, 2008, 40ª edição, pág. 681, nota "10" ao artigo 514) assevera que:

"O CPC (arts. 514 e 515) impõe às partes a observância da forma segundo a qual deve se revestir o recurso apelatório. Não é suficiente mera menção a qualquer peça anterior à sentença (petição inicial, contestação ou arrazoados), à guisa de **fundamentos** com os quais se almeja a reforma do decisório monocrático. À luz do ordenamento jurídico processual, tal atitude traduz-se em **comodismo** inaceitável, devendo ser afastado. O apelante deve atacar, especificamente, os **fundamentos** da sentença que deseja rebater, mesmo que, no decorrer das razões, utilize-se também de argumentos já delineados em outras peças anteriores. No entanto, só os já desvendados anteriormente não são por demais suficientes, sendo necessário o ataque específico à sentença. Procedendo dessa forma, o que o apelante submete ao julgamento do Tribunal é a própria petição inicial, desvirtuando a competência recursal originária do Tribunal (STJ-1ª T., REsp 359.080, rel. Min. José Delgado, j. 11.12.01, negaram provimento, v.u., DJU 4.3.02, p. 213)"

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido do exposto:

"PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DA REGULARIDADE FORMAL - DISSÍDIO NÃO-CONFIGURADO.

1. Não merece ser conhecida a apelação se as razões recursais não combatem a fundamentação da sentença - Inteligência dos arts. 514 e 515 do CPC - Precedentes.

2. Inviável o recurso especial pela alínea "c", se não demonstrada, mediante confrontação analítica, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado.

3. Recurso especial não conhecido."

(REsp 1006110 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02/10/2008)

Não conheço pois de parte da apelação.

Já em relação à **Taxa Referencial-TR**, que teria sido lançada sobre o débito previdenciário, o exame dos autos não deixa claro se dito indexador foi utilizado para fim de correção monetária.

A parte embargante não colacionou aos autos cópia da Certidão de Dívida Ativa, na qual poderia se verificar se a TR foi utilizada para correção monetária do débito.

Há entendimento sobre ser inconstitucional a incidência de TR como fator de correção monetária, conforme assentado pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN nº 493-0/DF: "A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda" (publicado no DJ de 04 de setembro de 1992, p. 14.089, Rel. Min. Moreira Alves).

Por outro lado, a jurisprudência é pacífica quanto à aplicabilidade da TR como fator de *juros*. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - PARCELAMENTO - PRESCRIÇÃO - TERMO A QUO - COMPENSAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TR OU TRD - TAXA DE JUROS.

1.

3. A teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.218/91, é legítima a utilização da TRD como juros de mora, a partir do mês de fevereiro de 1991, por não infringir os princípios constitucionais da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 836.084/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 25/05/2009)
PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PARCELAMENTO DO DÉBITO, OU SUA QUITAÇÃO COM ATRASO. MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO. APLICABILIDADE DA LC Nº 104/2001. ART. 155-A DO CTN. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR). PERÍODO DE INCIDÊNCIA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. TERMO A QUO DE SUA INCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO EM PERÍODOS DIVERSOS DE OUTROS ÍNDICES. FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA Nº 07/STJ. PRECEDENTES.

1.

2.

3.

4.

5. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 493-0/DF, entendeu que a taxa referencial (TR) não pode ser utilizada como índice de correção monetária. No entanto, é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que o período da incidência da TR sobre os débitos fiscais como juros de mora limita-se de fevereiro/1991 a dezembro/1991.

6.

7.

8.

9. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 730.338/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2006, DJ 22/05/2006 p. 154)

No entanto, como a autora não logrou comprovar a sua incidência - como lhe incumbia nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil - a sentença deve ser mantida.

No que tange à alegação de ser indevida a majoração de 18,2% para 20% da alíquota da contribuição previdenciária incidente sobre o 13º salário, sob o fundamento de que a mesma violaria o artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, observo que este dispositivo constitucional assim dispõe:

"§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total."

Da simples leitura do citado parágrafo, percebe-se que ele se refere a benefícios e serviços previdenciários e não à impossibilidade de majoração do custeio da previdência social.

Já em relação à verba honorária, entendo que sua fixação em 20% sobre o valor atualizado do débito (18.502,47 UFIR's) mostrou-se exagerada, vez que a causa não exigiu dos patronos das partes desforço profissional além do normal, de modo que a singeleza da matéria tratada não recomenda que a base de cálculo dos honorários seja o valor da execução. É caso de redução do percentual para 10% sobre o valor atualizado do débito.

Neste sentido, é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS COM FULCRO NO ART. 20, § 4º, DO CPC. REVISÃO.

POSSIBILIDADE EM CASOS DE VALORES IRRISÓRIOS OU EXAGERADOS.

MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA MIL REAIS.

1. O reexame dos critérios fáticos sopesados de forma equitativa e levados em consideração para fixar os honorários advocatícios, nos termos das disposições dos parágrafos 3º e 4º do artigo 20 do CPC, em princípio, apresenta-se inviável em sede de recurso especial, nos termos da jurisprudência dominante desta Corte. Isso porque a discussão acerca do quantum da verba honorária está, na maioria das vezes, indissociável do contexto fático-probatório dos autos, o que obsta o revolvimento do valor arbitrado nas instâncias ordinárias pelo este Superior Tribunal de Justiça.

2. Esta Corte firmou o entendimento de que é possível o conhecimento do recurso especial para alterar os valores fixados a título de honorários advocatícios, aumentando-os ou reduzindo-os, quando o montante estipulado na origem afastar-se do princípio da razoabilidade, ou seja, ao se distanciar do juízo de equidade insculpido no comando legal.

3. Em que pese a vedação inscrita na Súmula 7/STJ, o atual entendimento da Corte é no sentido da possibilidade de revisão de honorários advocatícios fixados com amparo no art. 20, § 4º, do CPC, em sede de recurso especial, desde que os valores indicados sejam exagerados ou irrisórios.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1065611/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 04/03/2009)

Pelo exposto, com fulcro no que dispõe o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, não conheço de parte da apelação e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, apenas para reduzir a verba honorária.

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Johanson di Salvo

Desembargador Federal Relator

00033 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0005146-51.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.005146-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : INSTHEL CONSTRUTORA LTDA
ADVOGADO : OSVALDO LUIZ BAPTISTA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00009193320104036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da ação cautelar nº 2010.61.06.000919-1, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP, que determinou ao Delegado

da Receita Federal e ao Procurador da Fazenda Nacional locais a expedição de certidão negativa de débitos no tocante ao crédito tributário apontado pela requerente nos autos.

Alega, em síntese, que não obstante a agravada ter quitado um débito inscrito em dívida ativa e um débito previdenciário, ainda havia débitos fazendários em fase de cobrança administrativa, excluídos do REFIS, no valor de R\$ 2.658,21. Aduz que receia ser compelida a fornecer outras CNDs, apesar da existência de débito, por força da medida cautelar concedida. Requer, assim, a suspensão da liminar, a fim de não ser compelida a expedir novas certidões negativas de débitos enquanto não for quitado o referido débito.

É o relatório.

Decido.

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, introduziu nova sistemática para interposição do recurso de agravo, e consagrou em definitivo a excepcionalidade da utilização do agravo de instrumento.

Assim, no novo regime, o relator deverá obrigatoriamente converter o agravo de instrumento em retido, salvo os casos expressamente previstos no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Aludido dispositivo prevê que será admitido o agravo, pela via de instrumento, somente nos casos de estar configurada a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, e ainda quando não admitido o recurso de apelação ou recebido no efeito devolutivo.

A hipótese dos autos se enquadra nas exceções mencionadas, razão pela qual conheço do recurso.

Aplico a regra do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Examinando os autos, verifico que a agravante carece de interesse recursal.

Com efeito, a decisão agravada determinou a expedição de certidão negativa de débitos relativamente ao crédito tributário apontado pela requerente nos autos. Portanto, é infundada a alegação da agravante no sentido de que "teme que seja compelida a permanecer fornecendo CND, relativamente ao débito ainda não quitado, enquanto permanecer a eficácia da medida cautelar concedida", uma vez que a requerente sequer mencionou nos autos a existência do débito fazendário informado nas razões recursais, no valor de R\$ 2.658,21.

Assim, considerando-se que os pedidos interpretam-se restritivamente e que, na inicial, a parte autora requereu a expedição de CND para o fim de apresentação em procedimento licitatório aberto pela Liquigás Distribuidora S/A, não vislumbro interesse de agir, na modalidade necessidade, no pedido aqui formulado.

Por esses fundamentos, nego seguimento ao agravo de instrumento, tendo em vista que manifestamente inadmissível.

Decorridos os prazos recursais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Vesna Kolmar
Desembargadora Federal

00034 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028728-80.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.028728-6/MS

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : MAURO REZENDE DE ANDRADE FILHO
ADVOGADO : MOZART VILELA ANDRADE e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS

No. ORIG. : 00055521720104036000 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO (Fazenda Nacional), por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da ação ordinária n.º 0005552-17.2010.403.6000, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que deferiu, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para o fim de suspender a exigibilidade da contribuição social prevista no art. 25, I e II, da Lei nº 8.212/91.

Sustenta, em síntese, que o vício de inconstitucionalidade reconhecido no julgamento do RE nº 363.852 foi superado pela edição da Lei nº 10.256/2001, que deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 8.212/91.

É o relatório.

Decido.

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, introduziu nova sistemática para interposição do recurso de agravo, e consagrou em definitivo a excepcionalidade da utilização do agravo de instrumento.

Assim, no novo regime, o relator deverá obrigatoriamente converter o agravo de instrumento em retido, salvo os casos expressamente previstos no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Aludido dispositivo prevê que será admitido o agravo, pela via de instrumento, somente nos casos de estar configurada a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, e, ainda quando não admitido o recurso de apelação ou recebido no efeito devolutivo.

A hipótese dos autos se enquadra nas exceções mencionadas, razão pela qual conheço do recurso.

Passo à análise do pedido de efeito suspensivo.

Aplico a regra do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que autoriza o relator, por meio de decisão monocrática, a negar provimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Trata-se de ação ordinária em que se discute a constitucionalidade da cobrança da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais.

Em primeiro lugar, necessário se faz analisar a constitucionalidade da contribuição em comento em dois momentos distintos: antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e após, tendo em vista que essa emenda alterou a base de cálculo para fins de incidência da referida contribuição.

Recentemente, por meio do julgamento do Recurso Extradordinário nº 363.852, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que previa o recolhimento da contribuição acima referida.

Nesse sentido, vale transcrever as palavras do Ministro Marco Aurélio, ao proferir o seu voto, em trecho que explicita, em síntese, os argumentos para o decreto da inconstitucionalidade. Confira-se:

"(...)Forçoso é concluir que, no caso de produtor rural, embora pessoa natural, que tenha empregados, incide a previsão relativa ao recolhimento sobre o valor da folha de salários. É de ressaltar que a Lei nº 8212/91 define empresa como a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos, ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional - inciso I do artigo 15. Então, o produtor rural, pessoa natural, fica compelido a satisfazer, de um lado, a contribuição sobre a folha de salários e, de outro, a COFINS, não havendo lugar para ter-se novo ônus, relativamente ao financiamento da seguridade social, isso a partir de valor alusivo à venda de bovinos. Cumpre ter presente, até mesmo, a regra do inciso II do artigo 150 da Constituição Federal, no que veda instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. De acordo com o artigo 195, § 8º, do Diploma Maior, se o produtor não possui empregados, fica compelido, inexistente a base de incidência da contribuição - a folha de salários - a recolher percentual sobre o resultado da comercialização da produção. Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, levando em conta o faturamento, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da prevista - tomada a mesma base de incidência, o valor comercializado - no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Assim, não fosse suficiente a duplicidade, considerado o faturamento, tem-se, ainda, a quebra da isonomia.

"(...)não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar."

"Ante esses aspectos, conheço e provejo o recurso interposto para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a "receita bruta proveniente da comercialização da produção rural" de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência (folha 699)."
(STF, RE 363.852, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, 03/02/2010)

Nesse panorama, havia necessidade de edição de lei complementar para a criação de nova fonte de custeio porquanto a receita bruta não era prevista como base de cálculo da contribuição previdenciária na antiga redação do art. 195 da Constituição Federal, anterior à Emenda Constitucional nº 20/98.

Todavia, a situação se alterou com o advento da referida EC, que modificou a redação da alínea *b* do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, para acrescentar o vocábulo 'receita' ao lado do vocábulo 'faturamento'.

Com arrimo na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98 foi editada a Lei nº 10.256/2001, que deu nova redação ao *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91, substituindo as contribuições devidas pelo empregador rural pessoa natural incidente sobre a folha de salários e pelo segurado especial pela contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, *in verbis*:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

[...]

Em razão dessa substituição, restou afastada a ocorrência de bitributação, dispensando-se, ainda, lei complementar para a instituição da contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, tendo em vista a previsão constitucional da nova fonte de custeio, que passou a encontrar seu fundamento de validade no art. 195, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Confiram-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 8.212/91. ART. 25, I. VALOR DE COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS RURAIS. LC 11/71, ART. 15, II. INCIDÊNCIA.

*1. A contribuição previdenciária instituída pela Lei Complementar 11/71, PRO-RURAL, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. 2. A edição da Lei 7.787/89 consignou a substituição da alíquota fracionada de 18,2% para a alíquota única de 20%, especificando-se no artigo 3º, § 1º, que a unificação implicava a extinção do PRO-RURAL como entidade isolada a partir de 1º de setembro de 1989. 3. Deveras, o PRO-RURAL era custeado por contribuição devida pelas empresas, sobre a folha de salários, bem como pelo produtor rural, sobre o valor comercial dos produtos rurais. 4. Conseqüentemente, a Lei 7.789/89 extinguiu a contribuição ao PRO-RURAL relativa à folha de salários, subsistindo a contribuição sobre a comercialização dos produtos rurais (art. 15, II da LC nº 11/71). 5. A extinção da contribuição sobre o valor comercial dos produtos rurais sobreviveu à Lei 7.787/89, tendo sido extinta, expressamente, pela Lei 8.213/91, nos termos do art. 138, verbis: "Ficam extintos os regimes de Previdência Social instituídos pela Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei nº 6.260, de 6 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei". 6. A instituição do novo Plano de Custeio da Previdência Social (Lei 8.212/91), com a unificação dos regimes de previdência urbana e rural, também não importou na extinção total dessa forma de contribuição. Nesse sentido, a norma, em sua redação original (art. 25), manteve a contribuição incidente sobre o resultado da comercialização, imputada, *verbi gratia*, aos então denominados segurados especiais (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar). 7. Os produtores rurais empregadores, pessoas físicas equiparadas a autônomos pela legislação previdenciária (Lei 8.212/91, art. 12, V, "a"), bem como pessoas jurídicas (empresas rurais), passaram a recolher contribuições sobre a folha de salários de seus empregados (*idem*, art. 15, I e par. único, c/c art. 22), sistemática que se manteve até a edição das Leis 8.540/92 e 8.870/94, respectivamente. 8. Posteriormente, o legislador entendeu por alargar a base de incidência das contribuições sobre a produção, em detrimento da incidente sobre a folha de salários. Os produtores rurais empregadores pessoas físicas voltaram a recolher sobre o resultado das vendas a partir da Lei 8.540/92, que deu nova redação ao art. 25 da Lei 8.212/91, atribuindo-lhes a obrigação de contribuir da mesma forma que os segurados especiais, e exonerando-os da contribuição sobre a folha de salários de seus empregados (§5º do art. 22 da Lei 8.212/91, acrescido pela Lei 8.540/92). Finalmente, a Lei nº 10.256/2001 regulou a contribuição sobre a produção rural em substituição àquela*

incidente sobre a remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos. 9. Assim, tem-se, para o produtor rural pessoa física empregador, que: a) a contribuição ao PRORURAL que incidia sobre a comercialização de produtos agrícolas (art. 15, I 'a' e 'b', da LC n.º 11/71) permaneceu incólume até a edição da Lei n.º 8.213/91, quando foi suprimida; b) a Lei N.º 8.212/91 equiparou o empregador rural pessoa física à empresa, sujeitando-o a contribuir sobre a folha de salários, exigível a partir de 24/10/91; c) a Lei n.º 8.540/92 o incluiu entre os obrigados a contribuir sobre a comercialização de sua produção rural, exação que passou a ser exigível em 23/03/93, em razão do princípio da anterioridade nonagenal. d) a Lei n.º 10.256/2001 fixou que a contribuição sobre a produção rural substitui apenas aquela incidente sobre a remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos. 10. A Lei n.º 8.213/91, no que se refere à revogação das contribuições previstas em seu art. 138, somente entrou em vigor em novembro de 1991, nos termos do Parágrafo Único, do art. 161, do Decreto n.º 356, de 07/12/1991, verbis: "Art. 161. As contribuições devidas à Previdência Social que tenham sido criadas, majoradas ou estendidas pela Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, serão exigíveis a partir da competência novembro de 1991. Parágrafo único. Às contribuições devidas à Seguridade Social até a competência outubro de 1991 são regidas pela legislação anterior à Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991." 11. A corroborar referido entendimento o RESP n.º 332.663/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.06.2002, DJ 16.09.2002 p. 148, verbis: TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. 1. A contribuição para o FUNRURAL, incidente sobre as operações econômicas de aquisição de produtos rurais pelas empresas, é devida até o advento da Lei n.º 8.213/91, de novembro do mesmo ano. 2. O art. 138, da Lei n.º 8.213/91, na expressão cogente de sua mensagem, unificou o regime de custeio da previdência social. 3. O art. 3º, I, da Lei n.º 7.787/89, conforme claramente explícita, não suprimiu a contribuição do FUNRURAL sobre as transações de aquisição de produtos rurais. Tal só ocorreu com o art. 138, da Lei 8.213/91. 4. Recurso provido para reconhecer devido o FUNRURAL sobre o valor comercial dos produtos rurais até novembro de 1991 (art. 138, da Lei 8.213/91). 12. In casu, o recorrente, produtor rural empregador, limitou a sua pretensão aos fatos ocorridos no período de agosto a outubro de 1991, antes, portanto, da entrada em vigor do art. 138, da Lei n.º 8.212, que só ocorreu em novembro de 1991. 13. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp 871852 - 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 12/05/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO. FUNRURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA. COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. LEI N. 8.213/91. EXTINÇÃO. NOVA EXAÇÃO. TRIBUTO EXIGÍVEL A PARTIR DA LEI N. 8.870/94.

1. Não se depreendendo das razões aventadas qual seria efetivamente a obscuridade, omissão ou contradição vislumbrada pelo embargante, mas o nítido propósito de rediscutir a tese jurídica adotada singularmente, a irresignação deve ser recebida como se agravo regimental fosse, por ser a sede adequada para obter o mero rejulgamento da causa. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes. 2. Conforme pacificado nesta instância, a contribuição ao Funrural incidente sobre o valor comercial dos produtos rurais foi extinta a partir da vigência da Lei n. 8.213/91. Nada obstante, em seguida foi instituída outra contribuição - que não se confunde com a do Funrural -, devida pelas empresas produtoras rurais sobre o valor da comercialização de sua produção, por meio da Lei n. 8.870/94. Essa cobrança subsiste até hoje, amparada na redação conferida pela Lei n. 10.256/01. 3. "(...) para o custeio desse sistema, foi mantida, agora com destinação à Seguridade Social e não ao Prorural/Funrural, a incidência de contribuição previdenciária sobre a comercialização da produção devida pelo produtor rural segurado especial (art. 25 da Lei 8.212/91), pelo produtor rural pessoa física que se utiliza do trabalho de empregados (Lei 8.540/92) e pelas empresas rurais (art. 25 da Lei 8.870/94, com exceção do § 2º desse dispositivo, declarado inconstitucional na ADI 1.103-1/DF). Dessa forma, tem-se como exigível, do produtor/empresa rural que se utiliza do trabalho de empregados, a contribuição sobre a comercialização de sua produção rural" (AgRg no REsp 1119692/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/11/2009). 4. Agravo regimental não provido. (STJ - EARESP 572252 - 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 05/05/2010)

Dessa forma, merece reparo a decisão recorrida.

Por esses fundamentos, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para declarar a exigibilidade da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores a partir da entrada em vigor da Lei n.º 10.256/2001.

Intimem-se.

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

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Vesna Kolmar

Desembargadora Federal

00035 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015698-75.2010.4.03.0000/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
AGRAVANTE : TELEPERFORMANCE CRM S/A
ADVOGADO : RODRIGO RAMOS DE ARRUDA CAMPOS
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HUGOLINO NUNES DE FIGUEIREDO NETO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00048055820104036100 19 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

A Excelentíssima Desembargadora Federal Vesna Kolmar, Relatora:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por TELEPERFORMANCE CRM S.A., por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da ação ordinária nº 0004805-58.2010.403.6100, em trâmite perante a 19ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida com vistas à suspensão da exigibilidade da contribuição ao Seguro do Acidente de Trabalho com a aplicação FAP.

Alega, em síntese, que os dados utilizados para a composição do índice de aplicação do FAP são inacessíveis, violando, assim, o princípio da publicidade dos atos administrativos e a garantia constitucional ao exercício da ampla defesa. Sustenta, ainda, a desproporcionalidade e a falta de razoabilidade dos critérios do FAP e equívoco no próprio cálculo do índice divulgado. Aduz, por fim, que interpôs recurso administrativo contra o cálculo do FAP que lhe foi atribuído.

É o relatório.

Decido.

Aplico a regra do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A contribuição social destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho está prevista no inciso II do artigo 22 da Lei nº 8.212/98, com a redação dada pela Lei nº 9.732/98, incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas aos seus segurados empregados ou trabalhadores avulsos, às alíquotas de 1%, 2% e 3%, dependendo do grau de risco da atividade preponderante da empresa.

A Lei nº 10.666/2003, por sua vez, estabeleceu no artigo 10 que tais alíquotas podem sofrer variações, consubstanciadas na redução em até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial, ou na sua majoração em até 100% (cem por cento), em função do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, denominada Fator Acidentário Previdenciário - FAP.

Para dar efetividade a esse dispositivo legal, foi editado o Decreto nº 6.957/2009, que deu nova redação ao Decreto nº 3.048/99, estabelecendo os critérios de cálculo do FAP.

Dessa forma, não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que o FAP está expressamente previsto em lei, e o decreto regulamentador não desbordou dos limites legais.

Na verdade, a incidência de alíquotas diferenciadas, bem como dos fatores redutores e majorantes, estabelecidos em função do risco das atividades e do desempenho das empresas, tem o condão de fazer valer o princípio da equidade previsto no inciso V do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal, no sentido de que contribuem mais as empresas que acarretam um custo maior à Previdência Social em decorrência de uma frequência maior no número de acidentes de trabalho de seus empregados.

Não se trata de punir uns e premiar outros, mas de fazer com que cada um contribua de acordo com o ônus pelo qual é responsável, em observância ao próprio preceito constitucional que reza pelo tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais.

A propósito, a questão decidida pelo C. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 343.446-2/SC é análoga à presente, sendo-lhe aplicável o entendimento ali esposado no sentido da legalidade da atribuição ao poder regulamentar do estabelecimento de majorantes e redutores de alíquotas em função do desempenho da empresa.

De outro turno, a questão relativa à segurança jurídica e à publicidade depende de dilação probatória, uma vez que a simples alegação unilateral da agravante de ausência de divulgação dos critérios de aferição e fixação do Fator Acidentário de Risco não é apta a eivar de ilegalidade a contribuição.

Por fim, com a edição do Decreto n.º 7.126/2010, foi atribuído efeito suspensivo ao processo administrativo que impugna os critérios utilizados para a composição do FAP, decreto esse que contempla inclusive os processos administrativos em curso na data de sua publicação.

Por esses fundamentos, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Decorridos os prazos recursais, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão.

Após, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Vesna Kolmar

Desembargadora Federal

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009488-43.2003.4.03.6114/SP

2003.61.14.009488-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : INDUSTRIAS GERAIS DE PARAFUSOS INGEPAL LTDA e outro. e filia(l)(is)
ADVOGADO : CARLA ANDREIA ALCANTARA COELHO PRADO
: LUIZ ALBERTO TEIXEIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por INDUSTRIAS GERAIS DE PARAFUSOS INGEPAL LTDA e filial em face do Instituto Nacional do Seguro Social objetivando a exclusão da multa moratória em razão de recolhimentos de contribuições efetuados em atraso. Afirma ser o caso de denúncia espontânea, a teor do disposto no artigo 138 do Código Tributário Nacional.

A r. sentença de fls. 201/204 julgou improcedente o pedido, oportunidade em que condenou as autoras ao pagamento de verba honorária fixada em 5% do valor da causa.

A parte autora apela e, após repisar os mesmos argumentos expendidos na inicial, requer a reforma da r. sentença (fls. 195/216).

Recurso respondido (fls. 229/236).

Os autos foram remetidos a este Tribunal.

Decido.

A r. sentença deve ser mantida porquanto inexistente a menor sombra de denúncia espontânea na conduta da empresa apelante.

Sucedem as contribuições são tributos sujeitos a lançamento por homologação, ou seja, são daqueles em que o contribuinte tem o dever acessório de declarar ao Fisco por documento adequado e efetuar o pagamento antecipado.

Nessa realidade jurídico-fiscal não há espaço para denúncia espontânea, como assentou o colendo STJ, *verbis*:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(**Súmula 360**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

A propósito, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça tem autorizado o julgamento monocrático dos recursos que tratam da matéria, inclusive porque a questão foi submetida aos ditames do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (grifei):

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO EM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA MULTA

MORATÓRIA. SÚMULA 360/STJ. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME IMPLEMENTADO PELO DO ART. 543-C DO CPC (RECURSOS REPETITIVOS).

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional em face de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - CONFIGURAÇÃO - EXCLUSÃO DA MULTA - MODO DE DEVOLUÇÃO DO INDÉBITO.

A denúncia espontânea da infração exclui o pagamento de qualquer penalidade, tenha ela a denominação de multa moratória ou multa punitiva. A única exigência do art. 138 do CTN é que a confissão da dívida não seja precedida de processo administrativo ou de fiscalização tributária, tendo em vista que, nessas hipóteses, o contribuinte não age com espontaneidade, que é justamente o que o legislador pretendeu privilegiar.

Em suas razões, o recorrente sustenta ter havido violação aos artigos: 138 do Código Tributário Nacional (CTN) e 35, I da Lei 8.212/91. Aduz, em apertada síntese, que não é de ser aplicável o benefício previsto no referido artigo 138 do CTN para a hipótese de recolhimento das contribuições previdenciárias em atraso.

O recurso especial não foi admitido na origem. Esta decisão posteriormente foi revertida por força de agravo de instrumento.

É o relatório. Passo a decidir.

O acórdão da origem afirmou que o Código Tributário Nacional, para o caso em análise, estabelece a exclusão da multa de mora. Atestou ainda, a Corte de origem, que verificou-se o pagamento integral do tributo não tendo havido prévia fiscalização para a cobrança dos tributos recolhidos.

Assim, tenho que a insurgência prospera.

Com efeito, nas hipóteses em que o contribuinte declara e recolhe com atraso tributos sujeitos a lançamento por homologação, não se aplica o benefício da denúncia espontânea e, por conseguinte, não se exclui a multa moratória.

Consoante salientado na decisão ora atacada, o tema já foi objeto de apreciação por esta Corte tendo gerado o enunciado n. 360 da Súmula do STJ, mantida, após amplo debate com todos os interessados, pela Seção por ocasião da apreciação e julgamento do Recurso Especial n. 962.379 - RS, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, representativo de controvérsia (nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil), passando a ter, inclusive, eficácia vinculante em relação às instâncias ordinárias. Confirma o julgado:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. **Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008).**

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2009.

(RECURSO ESPECIAL Nº 780.517 - SC (2005/0147706-0, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data Publicação 05/11/2009)

Com efeito, o instituto da denúncia espontânea não visa favorecer o atraso do pagamento do tributo, daí porque não se aplica ao caso dos autos.

Assim, não há como considerar indevida a multa de mora, que decorre do não cumprimento da obrigação no prazo estipulado, sempre devida quando o pagamento é efetuado a destempo, nada tendo a ver com o artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Face à legalidade da aplicação da multa de mora, resta prejudicado o pedido de compensação pleiteado.

Desta forma, como a matéria posta a deslinde já se encontra assentada em súmula de Tribunal Superior, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **nego seguimento à apelação**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito, dê-se baixa e remeta-se os autos ao r. juízo de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johanson de Salvo

Desembargador Federal

00037 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0020411-83.1997.4.03.6100/SP
2000.03.99.038917-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : ITAU SEGUROS S/A
ADVOGADO : FERNANDO OLAVO SADDI CASTRO e outro
No. ORIG. : 97.00.20411-1 20 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls.428/429: Nada a deferir uma vez que ao ser proferido acórdão que apreciou o agravo legal interposto em face de decisão que analisou a apelação e a remessa oficial encerra-se o ofício jurisdicional deste Relator.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00038 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006977-85.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.006977-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CASA FORTALEZA COM/ DE TECIDOS LTDA
ADVOGADO : RENATA SAVIANO AL MAKUL
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por CASA FORTALEZA COM/ DE TECIDOS LTDA contra ato praticado pelo Gerente Executivo do INSS em São Paulo - Santo Amaro.

Requer a impetrante a compensação do valor pago a título de multa moratória no momento em que efetuado os recolhimentos de contribuições previdenciárias atrasadas.

Afirma ser o caso de denúncia espontânea, a teor do disposto no artigo 138 do Código Tributário Nacional, o que torna indevida a multa imposta.

A r. sentença de fls. 167/176 julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer o direito de efetuar a compensação do valor recolhido a título de multa moratória, observada a limitação prevista no artigo 89, §1º, da Lei nº 8.212/91 e acrescida de correção monetária pela Selic. Sem condenação em verba honorária. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição.

Apelação interposta pela autarquia, na qual sustenta que a situação descrita nos autos não se enquadra nas hipóteses de denúncia espontânea, bem como aduz o cabimento da multa moratória (fls. 191/197).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 201/204).

Os autos foram remetidos a este Tribunal e distribuídos a esse Relator.

Decido.

Verifico que inexistente a menor sombra de denúncia espontânea na conduta da empresa impetrante.

Sucedem que as contribuições são tributos sujeitos a lançamento por homologação, ou seja, são daqueles em que o contribuinte tem o dever acessório de declarar ao Fisco por documento adequado e efetuar o pagamento antecipado.

Nessa realidade jurídico-fiscal não há espaço para denúncia espontânea, como assentou o colendo STJ, *verbis*:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(**Súmula 360**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

A propósito, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça tem autorizado o julgamento monocrático dos recursos que tratam da matéria, inclusive porque a questão foi submetida aos ditames do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (grifei):

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO EM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. SÚMULA 360/STJ. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME IMPLEMENTADO PELO DO ART. 543-C DO CPC (RECURSOS REPETITIVOS).

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional em face de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - CONFIGURAÇÃO - EXCLUSÃO DA MULTA - MODO DE DEVOLUÇÃO DO INDÉBITO.

A denúncia espontânea da infração exclui o pagamento de qualquer penalidade, tenha ela a denominação de multa moratória ou multa punitiva. A única exigência do art. 138 do CTN é que a confissão da dívida não seja precedida de processo administrativo ou de fiscalização tributária, tendo em vista que, nessas hipóteses, o contribuinte não age com espontaneidade, que é justamente o que o legislador pretendeu privilegiar.

Em suas razões, o recorrente sustenta ter havido violação aos artigos: 138 do Código Tributário Nacional (CTN) e 35, I da Lei 8.212/91. Aduz, em apertada síntese, que não é de ser aplicável o benefício previsto no referido artigo 138 do CTN para a hipótese de recolhimento das contribuições previdenciárias em atraso.

O recurso especial não foi admitido na origem. Esta decisão posteriormente foi revertida por força de agravo de instrumento.

É o relatório. Passo a decidir.

O acórdão da origem afirmou que o Código Tributário Nacional, para o caso em análise, estabelece a exclusão da multa de mora. Atestou ainda, a Corte de origem, que verificou-se o pagamento integral do tributo não tendo havido prévia fiscalização para a cobrança dos tributos recolhidos.

Assim, tenho que a insurgência prospera.

Com efeito, nas hipóteses em que o contribuinte declara e recolhe com atraso tributos sujeitos a lançamento por homologação, não se aplica o benefício da denúncia espontânea e, por conseguinte, não se exclui a multa moratória.

Consoante salientado na decisão ora atacada, o tema já foi objeto de apreciação por esta Corte tendo gerado o enunciado n. 360 da Súmula do STJ, mantida, após amplo debate com todos os interessados, pela Seção por ocasião da apreciação e julgamento do Recurso Especial n. 962.379 - RS, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, representativo de controvérsia (nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil), passando a ter, inclusive, eficácia vinculante em relação às instâncias ordinárias. Confira o julgado:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. **Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008).**

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2009.

(RECURSO ESPECIAL Nº 780.517 - SC (2005/0147706-0, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data Publicação 05/11/2009)

Com efeito, o instituto da denúncia espontânea não visa favorecer o atraso do pagamento do tributo, daí porque não se aplica ao caso dos autos.

Assim, não há como considerar indevida a multa de mora, que decorre do não cumprimento da obrigação no prazo estipulado, sempre devida quando o pagamento é efetuado a destempo, nada tendo a ver com o artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Face à legalidade da aplicação da multa de mora, resta prejudicado o pedido de compensação pleiteado.

Desta forma, como a matéria posta a deslinde já se encontra assentada em súmula de Tribunal Superior, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **dou provimento à apelação da autarquia e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito, dê-se baixa e remeta-se os autos ao r. juízo de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johanson di Salvo

Desembargador Federal

00039 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0027202-48.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.027202-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : EMPRESA DE TRANSPORTES ATLAS LTDA
ADVOGADO : MARCOS RODRIGUES PEREIRA e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00272024820094036100 7 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **18/12/2009** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos **quinze (15) primeiros dias de afastamento** da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de **salário-maternidade, férias, adicional de 1/3 de férias, aviso prévio indenizado e sobre gratificações e prêmios**, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal mediante incidência de correção monetária e de juros de mora a partir de cada recolhimento indevido, aplicando-se a Taxa SELIC desde janeiro/96, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91.

A r. sentença de fls. 5.747/5.758, e de fls. 5.781/5.787 (embargos declaração) concedeu **parcialmente** a segurança para reconhecer a carência da ação do impetrante quanto ao pleito de não incidência tributária sobre prêmios e gratificações; determinar que a autoridade impetrada se abstenha de exigir da impetrante o pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre **salário maternidade, auxílio doença e acidente (quinze primeiros dias) e aviso prévio indenizado** da base de cálculo das contribuições previdenciárias quanto aos recolhimentos futuros a partir dessa data. Quanto aos créditos passados, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos posteriormente a 18/12/99 com débitos do Instituto Nacional do Seguro Social, na forma do art. 66 da Lei nº 8.383/91, após o trânsito em julgado, atualizados a partir da data do efetivo recolhimento com a aplicação da taxa SELIC, indevidos juros moratórios. As quantias compensáveis serão apuradas a partir das guias juntadas ao processo, regularmente autenticadas pelo banco recebedor. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante alegando preliminarmente, a adequação da via mandamental para se pleitear a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de **prêmios e gratificações**, por se tratar de mandado de segurança preventivo não veiculado contra lei em tese e, no mérito, requer a reforma da r. sentença para afastar a incidência da contribuição patronal sobre os pagamentos feitos aos empregados a título de **férias, terço constitucional de férias, prêmios e gratificações**. Sustenta a apelante, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos independentemente de autorização ou processo administrativo nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal mediante incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir de cada recolhimento indevido e a Taxa SELIC, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional ou qualquer outra restrição imposta por norma legal ou infralegal (fls. 5.794/5.837). Recurso respondido.

Apelou também a União requerendo a reforma da sentença. Arguiu, preliminarmente a ocorrência da prescrição a teor do artigo 3º da LC 118/05. Insurge-se contra a parte da sentença que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de licença maternidade, aviso prévio indenizado e dos 15 dias que antecedem a concessão do auxílio doença/acidente, requer a compensação apenas com contribuições vincendas da mesma espécie e destinação constitucional, corrigidos os valores com os mesmos índices utilizados pela União na cobrança das contribuições atrasadas, observando-se a limitação de 30% ao mês, atualizados apenas pela SELIC a partir de 1996 (fls. 5.858/5.882). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo regular prosseguimento do feito (fls. 5.928/5.929).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, não se há como afastar a carência da ação quanto ao pleito de não incidência tributária sobre prêmios e gratificações, em razão de ausência de prova pré-constituída a qual constate a habitualidade com que essas verbas são pagas.

A jurisprudência desta Corte orienta-se nesse sentido, como se vê dos acórdãos adiante colacionados com destaque nas partes diretamente interessantes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. COMISSÕES. FÉRIAS. 1/3 DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO.

1. **A incidência da contribuição previdenciária sobre ajudas de custo, prêmios, presentes e gratificações depende da habitualidade com que essas verbas são pagas. Se forem habituais, integram a remuneração e sobre elas recai a contribuição. Não havendo como afastar ictu oculi as condições que determinam a incidência da contribuição, não é possível suspender liminarmente sua exigibilidade.**

2. As prestações pagas aos empregados a título de salário, comissões sobre vendas, abonos salariais, gratificações, adicionais noturno, horas extras, 13º salário e repouso semanal remunerado, possuem cunho remuneratório (e não indenizatório), estando sujeitas à incidência de contribuição previdenciária. 3. A Primeira Turma do STJ acolheu, por unanimidade, incidente de uniformização, adequando sua jurisprudência ao entendimento firmado pelo STF para declarar que a contribuição previdenciária incide sobre a remuneração de férias, mas não sobre o terço constitucional, posição que já vinha sendo aplicada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. 4. A contribuição incide normalmente sobre os valores correspondentes às férias gozadas pelos empregados, tendo em vista a natureza remuneratória desta verba, que é considerada para fins de aposentadoria, diferentemente do que ocorre com o adicional de um terço. 5. Agravos a que se nega provimento. (AI 201003000095282, JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 12/08/2010)

LEI Nº 8.212/91 - CONTRIBUIÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL - PRESCRIÇÃO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO - HOMOLOGAÇÃO - RECOLHIMENTO - TERMO INICIAL - PRAZO QUINQUENAL - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE OS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE, HORAS EXTRAS, SALÁRIO-MATERNIDADE- NÃO-INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES SOBRE PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA, FÉRIAS E TERÇO CONSTITUCIONAL, AVISO PRÉVIO INDENIZADO E AUXÍLIO CRECHE E ESCOLAR - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUANTO AOS PRÊMIOS E GRATIFICAÇÕES - INCABÍVEL A ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE AUXÍLIO-ACIDENTE.

1....

2....

3....

.....

9. **Quanto à incidência de contribuição sobre prêmios e gratificações, da análise dos documentos acostados a este Mandado de Segurança, conclui-se que a impetrante não demonstrou, de plano, o direito líquido e certo a ser amparado pelo "mandamus", ante a ausência de prova pré-constituída.**

10. Por se tratar de benefício da Previdência Social (artigo 28, IV, § 9º, Lei nº 8.212/91), o auxílio-acidente não integra o salário de contribuição e, portanto, a contribuição social sobre ele não incide. 11. Prescrição quinquenal reconhecida de ofício. Apelação da autora parcialmente provida. (AMS 200961140016860, JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 03/12/2009)

No mérito, reporta-se o presente mandado de segurança à declaração de inexigibilidade de contribuições à seguridade social incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença e auxílio acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade, férias, adicional de 1/3 de férias, aviso prévio indenizado e sobre gratificações e prêmios, com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, a controvérsia noticiada diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre parcelas que a impetrante entende não configurariam contraprestação pelo trabalho, mas sim indenização.

A Constituição não faz referência apenas à folha de salários, mas também aos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, "a").

A contribuição da empresa será calculada, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, à razão de vinte por cento (20%) *'sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, destinadas a restituir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador'*.

Efetivamente, a previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide ***"sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título"***, aqui abrangidas outras remunerações que não salário.

Conforme entendia este relator a mera interrupção do contrato de trabalho nos quinze primeiros dias anteriores a eventual concessão de auxílio-doença não tira a natureza salarial do pagamento devido ao empregado, de modo que a verba haveria de sofrer imposição pela contribuição patronal, integrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Sempre pensei que o empregador paga esses quinze dias *ex lege*, não como indenização, pois para isso seria necessário se reconhecer de parte do empregador a causalidade de um ilícito. Também não paga esse valor como verba previdenciária, já que as prestações previdenciárias são originariamente pagas pelo Estado, sendo adimplidas *através do empregador*, com reembolso ou compensação, apenas quando a lei prevê.

Contudo, o *entendimento favorável às empresas solidificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*; na medida em que se trata da corte constitucionalmente apta a interpretar o direito federal, parece-me desarrazoado dissentir da sua jurisprudência pacífica sob pena de eternizar demandas.

Assim, resguardando meu pensamento próprio, em favor da impetração invoco os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. ...

2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. **Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.**

6. Recurso especial provido em parte.

(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MERA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. ...

2. **Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.**

3. Não há negativa de vigência aos artigos 60, § 3º, da Lei n. 8.213/91, 22, inc. I, e 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, tampouco a violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, mas apenas a interpretação dos referidos dispositivos legais. Não era pressuposto de tal conclusão a declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

4. ...

(ADRESP 200801478527, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/06/2010)

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação a outras parcelas pagas pelo empregador a que atualmente as cortes superiores não vêm emprestando a natureza de remuneração do trabalho.

Confira-se o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 389903 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento

RE-AgR 545317 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 207 e 688/STF. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITO FEDERAL. SÚMULA 282/STF.

1. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC no conteúdo do acórdão recorrido, pelo que se afasta a preliminar de sua nulidade.
2. Nenhuma dúvida remanesce quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) em virtude de sua natureza salarial. Súmulas 207 e 688/STF.
3. Inúmeros julgados oriundos das Primeira e Segunda Turmas deste STJ assentam-se na linha de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, além dos adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, arts. 41 e 49), integram o conceito de remuneração, sujeitando-se à contribuição previdenciária. Precedentes: Resp 805.072/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/02/2007; REsp 512848/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.09.2006; RMS 19.687/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23.11.2006; REsp 676.294/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.11.2006. E as decisões monocráticas: Resp 971.020/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 1º/7/2008; RMS 18.870/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/06/2008.
4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem externando o posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extras sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência. Precedentes: AgRgRE 545.317-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008; AgRgRE 389.903/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05/05/2006. E as decisões monocráticas: AI 715.335/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 13/06/2008; RE 429.917/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29/05/2007. Do STJ: Resp 786.988/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/04/2006; Resp 489.279/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/04/2005; Resp 615.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006.
5. Nesse contexto, e com vistas no entendimento externado pelo colendo STF, o inconformismo deve ter êxito para se declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extraordinárias, mantida a exação sobre a gratificação natalina.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp nº 764.586/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 24/09/2008).

De outro lado, inafastável o caráter remuneratório do **salário maternidade**, como soa sem discrepância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual nesse particular aceitamos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. Inexiste violação aos arts. 458, 459 e 535 do CPC se o acórdão recorrido apresenta estrutura adequada e encontra-se devidamente fundamentado, na forma da legislação processual, abordando a matéria objeto da irresignação.
2. **O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.**
3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.
4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.
5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.
6. Recurso especial provido em parte. (RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

Já o aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de *avos* que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.

3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.

4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.

5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.

...

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO.

RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido. (RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

O pagamento de **férias**, ou décimo terceiro salário, é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título dos quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente, sobre o adicional de um terço (1/3) das férias e sobre o aviso prévio indenizado.

Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos a título de quinze (15) primeiros dias de afastamento por moléstia ou acidente, a título de adicional de um terço (1/3) sobre o valor das férias e sobre o aviso prévio indenizado, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior, sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente.

Em relação ao prazo quinquenal de prescrição das ações em que se pretende a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de exações sujeitas a lançamento por homologação anoto que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do CPC determinou o seu termo inicial. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação corresponsiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

5. **Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").**

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, **razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC**

118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expandida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.(RESP 200702600019, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 18/12/2009)

No presente caso observo que há contribuições recolhidas em período anterior e posterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (fls. 68/75).

Em relação aos pagamentos efetuados após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (9.6.2005) observo que não ocorreu a prescrição na medida em que o mandado de segurança foi impetrado em 18.12.2009.

Já no que tange aos recolhimentos efetuados antes da vigência da mencionada lei complementar há que se aplicar a vetusta tese do "5+5" anos, pelo que, considerando que os valores recolhidos mais antigos datam da competência de julho de 1999 (fls. 69), operou-se a prescrição do aproveitamento do quanto pago antes de 18.12.1999.

Entendo, ainda que, no caso em tela, o afastamento da incidência retroativa do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 não resulta em inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal na medida em que está sendo adotada jurisprudência da Corte Especial do STJ que ao julgar **AI no EREsp 644.736/PE** declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, já que *in casu* não se está declarando inconstitucionalidade de lei e sim aplicando jurisprudência pacífica de Corte Superior.

Justamente por isso - porque está se reportando a jurisprudência pacífica do STJ arredando o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 - é que não há também afronta a Súmula Vinculante nº 10, cujo texto é o seguinte:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", **é aplicável às ações ajuizadas após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.**

2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

Ainda, embora não se trate de tributo já declarado inconstitucional, não haverá de ser observado o § 3º do artigo 89 do PCPS tendo em vista que esse dispositivo restritivo foi **revogado** pela Lei nº 11.941/09, a qual deve ser levada em conta na forma do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Realmente, se o reconhecimento *do direito a compensação* está sendo reconhecido *nesta* decisão monocrática, nesse particular é certo que a mesma não poderá aplicar lei *revogada* ("as normas legais editadas após o ajuizamento da ação

devem-se levar em conta para regular a situação exposta na inicial" - STJ, 3ª Turma, RESP nº 18.443 - Edcl em Edcl, j. 29/6/93). Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO DO JULGADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA POR ÍNDICE QUE REFLITA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 462 DO CPC. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA.

1.....

2.....

3.....

4. **Já é antigo o entendimento do STJ no sentido de que "as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação posta na inicial" (EDcl nos EDcl no REsp 18443/SP, 3ª. T., Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 09.08.1993). Dessa forma a aplicação do direito superveniente, no julgamento da apelação, não caracteriza julgamento ultra petita.**

5. Recurso especial improvido.

(REsp 665.683/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUPERVENIENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR. ART. 462 DO CPC.

O **direito superveniente** à propositura do mandado de segurança, que tenha evidente influência no julgamento da lide, impondo restrições ao direito dos impetrantes, deve ser levada em consideração, de ofício, pelo julgador, quando do julgamento da causa (art. 462 do CPC). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 438.623/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 288)

No tocante ao mais, entende-se que o **exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. **Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.**

2. **Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.**

3.....

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1.....

2.....

3. **A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).**

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. **A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.**

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser **considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente**, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12.....

13....

14.....

15....

16....

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e

das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, **rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento às apelações e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
Johanson di Salvo
Desembargador Federal

00040 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034937-65.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034937-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : CAMILA SILVA MOREIRA
ADVOGADO : RICARDO ALEXANDRE ANTONIASSI e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ANTONIO JOSE ARAUJO MARTINS e outro
PARTE RE' : APARECIDA PADOVAM
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00082596220094036106 3 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Camila Silva Moreira, em face da r. decisão reproduzida à fl. 148 que, em sede de ação revisional, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela que objetivava impedir a inscrição do nome da agravante nos órgãos de proteção ao crédito, mediante o depósito judicial integral dos valores cobrados pela Caixa Econômica Federal.

Consta dos autos a celebração de contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil - FIES, entre a autora Camila Silva Moreira e a CEF. Por entender que os reajustes se processam em desacordo com a forma contratada, a devedora ajuizou ação revisional pugnando, em antecipação de tutela, pelo depósito dos valores incontroversos das prestações, impedindo-se a inclusão de seu nome nos órgão de proteção ao crédito; pedidos que restaram indeferidos (fls. 69 e 127, dos autos originais).

Após a infrutífera tentativa de composição, a autora novamente requereu a concessão da tutela antecipada a fim de impedir a inclusão de seu nome e de sua fiadora nos cadastros de inadimplentes (fls. 181/183, dos originais).

A decisão agravada indeferiu novamente o requerido, ao fundamento de que a parte autora "*não trouxe aos autos fato novo e relevante, que altere a situação jurídica posta inicialmente*".

Irresignada, a autora oferta o presente agravo de instrumento sustentando que a taxa de juros aplicada é superior à contratada, havendo irregularidades na apuração da parcela inicial, na forma de cálculos dos encargos e na forma de amortização e apuração do saldo devedor. Afirma ainda que o juízo foi garantido com o depósito integral das prestações cobradas desde o início da ação, razão pela qual requer seja concedida a "*competente liminar determinando que a agravada CEF se abstenha de negativar o seu nome no Serasa e SPC até o final do julgamento da ação*".

É o relatório do essencial.

Decido.

Não vislumbro a verossimilhança exigida pelo disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil. A controvérsia dos autos diz respeito à forma de cálculo do débito decorrente de contrato abertura de crédito estudantil entabulado nos moldes do FIES, programa governamental instituído pela Lei 10.260/01, com o escopo de viabilizar o acesso de estudantes menos favorecidos a universidades particulares, com recursos originários do Ministério da Educação e Cultura. Portanto, trata-se de fundo regrado por normas rígidas, não havendo margem de negociação entre as partes. Ressalto, de início, que não se aplicam às disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de abertura de crédito para financiamento estudantil, pois a relação em comento não se amolda ao conceito de atividade bancária, dado inexorável contexto social em que foi inserida pelo governo, por não visar o lucro, mas, apenas, manter o equilíbrio dos valores destinados ao FIES:

"ADMINISTRATIVO - CRÉDITO EDUCATIVO - AÇÃO REVISIONAL - JUROS MORATÓRIOS - LIMITE DO ART. 7º DA LEI 8.436/92 - INAPLICABILIDADE - CLÁUSULA DE SEGURO DE VIDA - MULTA CONTRATUAL - NÃO APLICAÇÃO DO CDC .

1. O 7º da Lei 8.436/92, pelo qual "os juros sobre o crédito educativo não ultrapassarão anualmente a seis por cento", refere-se tão-somente aos juros remuneratórios. Os juros moratórios, que podem ser previstos em contrato para os casos de inadimplência, não se sujeitam ao mesmo limite.

2. Inexiste óbice legal que se celebre contrato s geminados, em que um deles esteja inserido como cláusula de um outro, como ocorre no contrato de mútuo com seguro.

3. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC e, em consequência, mantém-se a multa contratual pactuada, por não incidir à espécie a Lei 9.298/96.

4. Recurso especial provido."

(STJ - REsp 793.977 - RECURSO ESPECIAL, UF:RS, Órgão Julgador: 2ª Turma, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 17/04/2007, DJ 30/04/2007 p. 303)

"ADMINISTRATIVO - FIES - INAPLICABILIDADE DO CDC - TABELA PRICE - ANATOCISMO - SÚMULA 7/STJ - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do financiamento estudantil, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do cdc. 2. A insurgência quanto à ocorrência de capitalização de juros na Tabela Price demanda o reexame de provas e cláusulas contratuais, o que atrai o óbice constante nas Súmula 5 e 7 do STJ. Precedentes. 3. Ausente o interesse recursal na hipótese em que o Tribunal local decidiu no mesmo sentido pleiteado pelo recorrente, afastando a capitalização. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 1031694, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJE 19/06/2009)

Nos termos do que dispõe o artigo 273 do Código de Processo Civil, para concessão da tutela antecipada, deverá a parte trazer aos autos prova inequívoca, que seja suficiente para convencer o julgador da verossimilhança das alegações, somada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE DECISÃO QUE INDEFERE EFEITO SUSPENSIVO E DETERMINA A CONVERSÃO DO RECURSO EM AGRAVO RETIDO. QUESTÃO CONTROVERTIDA. TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO.

1. Havendo necessidade de dilação probatória, para que sejam dirimidas as questões postas em discussão, não se pode afirmar existir prova inequívoca a autorizar a antecipação de tutela, na forma do artigo 273 do CPC.

2. Agravo interno a que se nega provimento. Decisão de agravo de instrumento mantida."

(TRF 3ª Região, Ag nº 2006.03.00.084054-3, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Jediael Galvão Miranda, j. 13/02/2007, DJU 14/03/2007, p. 635)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE PERÍODO ESPECIAL EM COMUM. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA TUTELA ANTECIPADA. RECURSO IMPROVIDO.

I - O instituto jurídico da tutela antecipada exige, para sua concessão estejam presentes, além da prova inequívoca que leve à verossimilhança da alegação, o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, a caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório por parte do réu (CPC, art. 273).

II - O presente instrumento não apresenta elementos suficientes a corroborar as alegações deduzidas, de tal sorte que não há caracterização de prova inequívoca que leve à verossimilhança do direito invocado.

III - O alegado desenvolvimento de atividade laboral sob condições especiais pelo agravante, em diversas empresas, poderá vir a ser confirmado em fase instrutória, mediante exame mais acurado da lide e da documentação apresentada aos autos.

IV - Ausentes os requisitos autorizadores da antecipação do provimento de mérito, de rigor a sua não concessão.

V - Agravo não provido. Prejudicado o agravo regimental."

(TRF 3ª Região, Ag nº 2005.03.00.071908-7, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 12/12/2005, DJU 01/02/2006, p. 251)

A pretensão de vedação de inscrição do nome da agravante no cadastro de inadimplentes não pode ser acolhida tão-somente porque o recorrente ajuizou ação judicial para discutir as cláusulas de um contrato de financiamento que a beneficiou e que não está sendo adimplido.

"DIREITO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. DESCABIMENTO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. MULTA CONTRATUAL A 2%. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. MANUTENÇÃO DA POSSE E PROIBIÇÃO DA INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DEPÓSITO.

(...)

5. O simples ajuizamento da ação revisional não impede, automaticamente, a retomada pelo credor do bem dado em garantia fiduciária. É necessário que o devedor comprove, ainda que superficialmente, a existência de encargo ilegal

no pacto, o que descaracterizaria a sua mora (REsp 713.329 rel. Min. ARI PARGENDLER), ou deposite em juízo o valor incontroverso da dívida (REsp 564.880 rel. Min. ALDIR PASSARINHO, REsp 166.649 rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO e REsp 140.144 rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO).

6. Consoante a orientação firmada na eg. Segunda Seção desta Corte Superior, **para o cancelamento ou a abstenção da inscrição do nome do inadimplente nos cadastros de proteção ao crédito, é indispensável que o devedor demonstre a existência de prova inequívoca do seu direito, com a presença concomitante de três elementos: a) ação proposta por ele contestando a existência integral ou parcial do débito; b) demonstração efetiva da cobrança indevida, amparada em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou deste Superior Tribunal de Justiça; c) sendo parcial a contestação, que haja o depósito da parte incontroversa ou a prestação de caução idônea, a critério do magistrado.**

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1032720, Rel. Des. Fed. Conv. Honildo Amaral de Mello Castro, DJe 24.08.2010) - grifei

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. TEMA PACIFICADO. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

II. A orientação mais recente da E. 2ª Seção (Resp n. 527.618/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 24.11.2003) não admite que a simples discussão judicial possa obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados, exceto quando efetivamente demonstrado o reflexo positivo da ação no valor devido, com amparo na jurisprudência dominante desta Corte ou do C. STF, e depositada ou caucionada a parte incontroversa, se apenas parcial o desacordo.

III - Agravo improvido."

(STJ, AgRg no Resp 854321/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12/09/2006, DJ 23.10.2006, p. 324)

"PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DÍVIDA EM DISCUSSÃO JUDICIAL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A 2ª Turma deste Tribunal tem entendido que, para a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes, não basta o ajuizamento de demanda visando à discussão do débito, exigindo-se a demonstração da consistência do pedido formulado na petição inicial.

2. Nessa mesma ordem de idéias, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que o ajuizamento da demanda não é obstáculo para a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes; e que a exclusão pode ser concedida em caráter excepcional, ou seja, quando demonstrato efetivamente o reflexo positivo da ação no valor devido ou se depositada ou caucionada a parte incontroversa.

3. Em suas razões recursais, o agravante não faz qualquer referência concreta à "prova inequívoca de verossimilhança" das alegações formuladas na exordial, não sendo viável, destarte, qualquer aferição por este Tribunal."

(TRF 3ª Região, AG nº 2004.03.00.012948-6, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 12/07/2005, DJU 05/08/2005, p. 395)

Portanto, ainda que a dívida seja objeto de discussão em juízo, não cabe a concessão de tutela antecipada para impedir a inclusão do nome da agravante do registro de inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito, a menos que a parte comprove o depósito dos valores incontroversos ou preste caução idônea - a critério do juiz da causa.

Contudo, no caso dos autos, verifico que o Juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de depósito dos valores incontroversos (fl. 127), decisão que restou irrecorrida.

Por outro lado, conquanto a agravante haja fundado o presente instrumento na alegação de que o juízo estaria garantido (vale dizer, de que as parcelas cobradas foram depositadas integralmente), não há nos autos qualquer prova de que as prestações mensais estão realmente sendo pagas pontualmente ou de que os valores controvertidos estão sendo depositados em juízo. Portanto, é descabida, por ora, a proibição de inclusão do nome da agravante e de sua fiadora no cadastro de inadimplentes.

Com tais considerações, e nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento.

P.I. Oportunamente, remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00041 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004236-28.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.004236-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOAO BAPTISTA ANTONIO PIRES
APELADO : JOILSON SOUZA OLIVEIRA
ADVOGADO : ALEXANDRE TAVARES BUSSOLETTI e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal em face da sentença de fls. 64/72, na qual o Juízo da 6ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP, em sede de ação monitória, constituiu em título judicial o contrato firmado entre as partes, excluída a taxa de rentabilidade de até 10% (dez por cento), e determinou o cumprimento da obrigação no prazo de 15 dias, sob pena de multa, nos termos do art. 475-J, do Código de Processo Civil.

Em suas razões de recurso, sustenta a CEF a inoccorrência de anatocismo, uma vez que não foram cobrados os juros e a multa contratual previstos no instrumento convertido em título executivo judicial. Requer, por fim, a reforma da r. sentença, para que seja admitida a inclusão da taxa de rentabilidade de 0,5% (meio por cento) ao mês.

É o relatório do essencial.

O artigo 192 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 40/2003, dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional e prevê a edição de leis complementares para sua regulamentação. Todavia, essa legislação ainda não foi elaborada.

Desta forma, continua em vigência a Lei nº 4.595/64, que constitui verdadeiro subsistema normativo. Por meio dela, foram criados o Conselho Monetário Nacional - CMN, órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda e o Banco Central do Brasil, autarquia federal encarregada de cumprir e fazer cumprir disposições legais em vigor e normas expedidas pelo CMN. O BACEN recebeu, por isso, competência para regulamentar e fiscalizar todas as atividades de intermediação financeira do país.

A Lei nº 4.595/64 autorizou o Conselho Monetário Nacional a formular a política monetária e creditícia, permitindo àquele órgão, por meio do Banco Central, fixar os juros a serem exigidos pelos estabelecimentos financeiros em suas operações de crédito.

O BACEN, no exercício do seu múnus público, editou a resolução 1.129/86, facultando às instituições financeiras a cobrança da chamada "comissão de permanência":

"I - Facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedade de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, "comissão de permanência", que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

II - Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatória pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos".

Consta da cláusula décima segunda do contrato de crédito rotativo firmado entre as partes (fl. 15):

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - No caso de impontualidade no pagamento de qualquer débito, inclusive na hipótese do vencimento antecipado da dívida, o saldo devedor apurado na forma deste contrato, ficará sujeito à comissão de permanência cuja taxa será obtida pela composição da taxa de CDI - Certificado de Depósito Interbancário, divulgada pelo Banco Central no dia 15 de cada mês, a ser aplicada durante o mês subsequente, acrescida da taxa de rentabilidade de até 10% (dez por cento) ao mês."

A comissão de permanência tem a finalidade de remunerar o capital posto à disposição do contraente e atualizar o seu valor em caso de inadimplência.

Nessa linha de raciocínio, a interpretação razoável dos itens I e II da referida resolução, feita pelos Tribunais Superiores, tem sido no sentido da impossibilidade da cumulação desse encargo com os juros remuneratórios, a correção monetária, assim como a multa e juros moratórios, porquanto já embutidos no cálculo da comissão de permanência.

Merecem destaque as Súmulas 30, 294 e 296 do STJ acerca da aplicação exclusiva da comissão de permanência, sua forma de cálculo pela média do mercado e da sua apuração pelo Banco Central do Brasil:

"Súmula 30: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis."

"Súmula 294: Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada a taxa do contrato".

"Súmula 296: Os juros remuneratórios, não cumuláveis, com a comissão de permanência, são devidos no período da inadimplência, à taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado".

Como analisado anteriormente, apesar de a cobrança de comissão de permanência possuir autorização legal, não pode ser cumulada com outras taxas, juros, multas ou encargos resultantes da impontualidade.

Sendo assim, a comissão de permanência (composta pelo índice de remuneração do CDI), acrescida da "taxa de rentabilidade" (que possui natureza de uma taxa variável de juros remuneratórios), dos juros de mora e multa previstos no contrato é incabível por representar excesso na penalidade contra a inadimplência:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. CHEQUE AZUL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA ADMITIDA, SEM CUMULAÇÃO, TODAVIA, COM A "TAXA DE RENTABILIDADE".

I - Exigência da chamada "taxa de rentabilidade", presente na comissão de permanência, cuja exata qualificação jurídica está a depender da análise de estipulação contratual (Súmula n. 5-STJ).

II - Admitida pela agravante que a "taxa de rentabilidade" é um dos elementos da comissão de permanência, resta claro ser indevida a cobrança cumulativa das duas parcelas.

III - Consoante assentou a Segunda Seção, a comissão de permanência abrange, além dos juros remuneratórios e da correção monetária, a multa e os juros de mora (AgRg no REsp n. 706.368-RS e 712.801-RS.

Agravo regimental improvido, com imposição de multa."

(STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 656884/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.02.2006, DJ 03.04.2006, p.353)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EMPRESARIAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. ENCARGOS NA FASE DE INADIMPLÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

1. Somente nos contratos bancários celebrados posteriormente à vigência da MP 1.963-17, de 31/03/2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36), será legítima a estipulação de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

2. Na fase de inadimplemento, será admitida a incidência da comissão de permanência, a qual, segundo a Súmula 294 do STJ, não é considerada potestativa desde que "calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato", não podendo ser acumulada com taxa de rentabilidade, juros de mora, correção monetária ou qualquer outro tipo de encargo contratual.

3. Apelação interposta pela parte autora conhecida em parte e improvida. Apelação interposta pela parte ré a que se nega provimento."

(TRF 1ª Região, 6ª Turma, AC 200338010003644, Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Navarro de Oliveira, j. 27.08.2010, e-DJF1 06.09.2010)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO CHEQUE AZUL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INACUMULABILIDADE COM A TAXA DE RENTABILIDADE.

1. A Comissão de Permanência está prevista na Resolução nº 1.129/86, do Banco Central do Brasil (BACEN) e inclui em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios, a multa e os juros decorrentes da mora.

2. É admissível a comissão de permanência nos contratos bancários, calculada pela taxa média de mercado e apurada pelo Banco Central (Súmulas 294 e 296 do STJ), sendo, todavia, incabível a sua cumulação com a taxa de rentabilidade, que possui natureza jurídica de taxa variável de juros remuneratórios.

3. Agravo que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 200861190070705, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 25.05.2010, DJF3 CJ1 02.06.2010, p. 103).

Frise-se que não há ilegalidade na cobrança de comissão de permanência a partir do inadimplemento, desde que a mesma seja exclusiva, sem a cumulação de qualquer outro encargo.

Ante o exposto, nos termos preconizados pelo artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO à apelação.

P.I. Oportunamente, baixem os autos à vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00042 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035323-95.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035323-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : AUGUSTO MANOEL DELASCIO SALGUEIRO e outro
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
AGRAVADO : PHOENIX COM/ E IND/ DE ETIQUETAS LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 00291066120034036182 11F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal, em face da decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de penhora eletrônica através do sistema BACENJUD.

Alega que o artigo 11 da Lei nº 6.830/80 estabelece a ordem de preferência da penhora ou arresto, sendo que o dinheiro detém a primazia sobre todos os demais bens. Sustenta, assim, a utilização do sistema BACENJUD, a fim de permitir a penhora de ativos financeiros.

Assevera, ainda, que embora o esgotamento das diligências para encontrar bens penhoráveis não seja necessário ao deferimento do bloqueio de contas, no caso em comento os bens penhorados não foram suficientes para garantir a dívida, não logrando o oficial de justiça a localização de outros bens da empresa para fins de reforço de penhora, por já se encontrarem garantidos em outros processos de execuções fiscais. Diz, por fim, que houve rejeição da exequente sobre outro imóvel oferecido pela executada.

Decido.

No que tange ao levantamento da penhora *on-line* das contas da empresa executada, cumpre aduzir que, o artigo 655 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.382/2006, dispôs que a penhora obedecerá, preferencialmente, a ordem ali enunciada, sendo que em primeiro lugar arrola o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira.

Dessarte, sobreveio o artigo 655-A (alterado por inclusão), disciplinando a forma de constrição de dinheiro existente em depósito ou aplicação financeira.

Para viabilizar tal medida, permite-se ao juiz que requisite informações à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, atualmente o BACEN/JUD.

Acrescente-se, outrossim, ser despicienda a exigência de esgotamento das diligências destinadas a encontrar bens penhoráveis do devedor, com esteio no Direito à Efetividade da Jurisdição, bem como no Princípio da Economia Processual, consoante jurisprudência dominante desta E. Corte. Confira-se:

AGRAVO LEGAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA "ON LINE " - BACEN JUD - ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - DESNECESSIDADE.

1. Os bens penhorados têm por escopo precípua a satisfação do crédito inadimplido. A seu turno, estipula o art. 620 do Código de Processo Civil dever ser promovida a execução pelo modo menos gravoso ao devedor. Contudo, o dispositivo em epígrafe não pode ser interpretado de tal modo que afaste o direito do credor-exequente de ver realizada a penhora sobre bens aptos para assegurar o Juízo.

2. Ausência de ilegalidade no rastreamento de valores da executada em instituições financeiras por meio do sistema BACENJUD, sendo desnecessário o esgotamento das diligências para a localização de bens penhoráveis.

3. Restou pacificada pelo C. STJ que, a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006), o bloqueio de ativos pelo BACENJUD tem primazia sobre os demais meios de garantia do crédito, não sendo mais exigível o prévio esgotamento das diligências para encontrar outros bens penhoráveis, aplicando-se os arts. 655 e 655-A do CPC c.c. art.185-A do CTN e art.11 da Lei 6.830/80.

(AI - 391175/SP, Relator Desembargador Federal ROBERTO HADDAD, Órgão Julgador Quarta Turma, DJU 26/08/2010, p. 887)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS VIA BACEN-JUD. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ARTS. 655 INC. I E 655-A DO CPC C/C ART 11 DA LEI 6830/80 E ART. 185-A DO CTN.

I. Com as alterações introduzidas aos Arts. 655 inc. I e 655-A do CPC pela Lei nº 11.038/2006, a concretização da penhora "on line " não mais exige, como condição antecedente, o exaurimento de diligências para localização de bens do devedor pelo exequente.

II. Na execução fiscal, citado o devedor e por ele não indicado bens à penhora , passível se tornou ao credor tributário o pedido de imediata penhora pelo sistema do BACEN-JUD ou a indisponibilidade de bens, consoante Arts. 655 inc. I e 655-A do CPC, c/c Art. 11 da Lei 6.830/80 e Art. 185 do CTN.

III. Agravo provido.

(AI - 403602/SP, Relatora Desembargadora Federal ALDA BASTO, Órgão Julgador Quarta Turma, DJU 26/08/2010, p. 898)

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, §1.º - A do Código de Processo Civil.

P.I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00043 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0053020-22.1997.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : WORNEI LAZZARINE JUNIOR e outro
: LUCIA CRISTINA BEDENDI LAZZARINE
ADVOGADO : CLAUDIO JACOB ROMANO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : PATRICIA APOLINARIO DE ALMEIDA e outro
No. ORIG. : 97.00.53020-5 14 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação da parte autora (fls. 237/247) em face da r. sentença (fls. 220/234) que julgou improcedente o pedido de revisão do contrato de mútuo vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação.

Agravo retido da CEF às fls. 96/99.

A parte autora, em suas razões, pugna pela reforma da sentença visando provimento jurisdicional que determine o reajuste das prestações e do saldo devedor conforme os critérios de variação salarial dos mutuários.

Sem contrarrazões da CEF, os autos subiram a esta Corte.

Breve relatório, decido.

Preliminarmente deixo de conhecer do agravo retido da CEF porquanto não se requereu expressamente sua apreciação.

LEI 8177 - (contratos entre 01/03/91 a 27/07/93)

Quanto à revisão dos valores de prestações e saldo devedor do contrato de mútuo hipotecário, cumpre ressaltar, de início, que ele foi firmado sob a égide da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

Esta lei permite o reajuste das prestações atrelado à evolução salarial do mutuário, indexado, contudo, ao fator de atualização da remuneração básica das cadernetas de poupança.

Assim, em tal sistema, na data do aniversário do contrato de mútuo, o valor da prestação mensal é reajustado mediante a aplicação do percentual que resultar da variação da remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança, acrescidos do percentual relativo ao ganho real de salário. É precisamente o que resulta do disposto no art. 1º da lei 8.100, de 05 de dezembro de 1990, combinado com o § 2º do art. 18 da lei 8.177, de 1º de março de 1991.

"Art. 1º As prestações mensais pactuadas nos contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a aplicação do percentual que resultar:

I - da variação: até fevereiro de 1990, do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e, a partir de março de 1990, o valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional (BTN);

II - do acréscimo de percentual relativo ao ganho real de salário" (Lei 8100/90).

"Art. 18 - ...

§ 2º Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta lei pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de Depósitos de Poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos" (Lei 8177/91).

Não há, portanto, no que diz respeito à aplicação dos índices de atualização das prestações e do saldo devedor, qualquer impedimento para a contratação de cláusula de atualização pela remuneração básica das cadernetas de poupança, como ocorreu no caso aqui tratado.

O contrato aqui discutido, no que se refere ao respeito à equivalência salarial, encontra-se regido pela lei 8.100/90, que dispõe:

"Art. 2º Ao mutuário, cujo aumento salarial for inferior à variação dos percentuais referidos no caput e 1º do artigo anterior, fica assegurado o reajuste das prestações mensais em percentual idêntico ao do respectivo aumento salarial, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro."

Observa-se que há possibilidade de a parte autora fazer valer seu direito ao reajustamento das prestações pelo mesmo percentual de seu aumento salarial. Contudo, é indispensável que efetue a comprovação perante o agente financeiro. No caso dos autos, cabe salientar que a autora não comprovou haver formulado tal pedido perante o agente financeiro. Equivale isto a dizer que se deve presumir que tudo o quanto está pactuado entre partes ou decorre de lei está sendo garantido à autora.

O que pretende a autora, entretanto, é coisa diversa: o reajustamento automático das prestações e do saldo devedor no mesmo percentual e data de seu aumento salarial.

Note-se que para os contratos firmados após fevereiro de 1991, ou seja, depois da edição da lei 8.177/91, não mais se pode cogitar da aplicação do PES/CP - Pleno, nos quais o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao

mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente. Esse sistema foi instituído pelo Decreto-lei 2.164/84, porém não é aplicável desde a edição da Lei 8.004, de 14 de março de 1990, que introduziu modificações na legislação anterior.

O contrato em questão foi firmado já sob as regras do PES/CP, com reajustes mensais e acerto na data-base. Não há, portanto, qualquer reparo a ser feito no procedimento adotado pelo agente financeiro.

Neste sentido precedente desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. ENCARGOS MENSALIS. SALDO DEVEDOR. REAJUSTE. PES-CP. CES. URV. IPC - 84,32%. TAXA REFERENCIAL. JUROS. PROVA PERICIAL.

1. O SFH é um mecanismo que opera com recursos oriundos dos depósitos em cadernetas de poupança e do FGTS.

2. A cláusula PES-CP tem seu alcance limitado ao reajuste das prestações, que nos termos do contrato, é aplicada na forma dos índices correspondentes à taxa de remuneração básica dos depósitos de poupança, na data base da categoria profissional do mutuário. Para a correção do saldo devedor, aplicam-se os mesmos índices de correção das contas do FGTS, quando lastreada a operação em recursos do referido fundo, e os das cadernetas de poupança nos demais casos.

3. A falta de previsão legal expressa, na época da avença, não impossibilitava a previsão contratual do CES. Em matéria de contratos vige a autonomia negocial, podendo as partes avençar o que bem entenderem, desde que não haja violação a princípios cogentes ou de ordem pública - que nesta matéria, aliás, socorrem a CEF, e não a parte autora.

4. É fato que os salários acompanharam a evolução da URV no período de aplicação do indexador econômico.

Semelhantes acréscimos têm inegável valor financeiro, daí refletindo na possibilidade, em tese, de reajuste do encargo mensal nos contratos do SFH.

5. Cabível o reajuste das prestações e do saldo devedor dos contratos de financiamento firmados sob a égide do SFH pelo IPC de março de 1990 (84,32%). Precedente do STJ.

6. Sendo pactuada a correção do saldo devedor pelos mesmos índices de reajuste das contas do FGTS ou caderneta de poupança, por sua vez remuneradas pela TR, não se verifica desrespeito à liberdade e vontade dos contratantes, nem maltrato ao ato jurídico perfeito. ADIN nº 493 e Precedente do STJ.

7. A capitalização de juros, quando prevista contratualmente, sendo fixada a taxa de juros efetiva, não importa desequilíbrio entre os contratantes, que sabem o valor das prestações que serão pagas a cada ano. O artigo 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação da taxa de juros em 10% ao ano para o SFH, apenas dispõe sobre as condições de aplicação do artigo 5º da mesma lei, devendo prevalecer o percentual estipulado entre as partes.

8. Ainda que aplicável o CDC aos contratos vinculados ao SFH, não se isenta o autor de demonstrar a abusividade das cláusulas contratuais.

9. A discussão exclusivamente quanto à legalidade da utilização de índices é meramente jurídica, pouco importando tenha o mutuário eventualmente se servido de cálculos contábeis para demonstrar que lhe seria favorável a utilização de índice diverso.

Precedentes do STJ.

10. Apelação desprovida.

(AC nº 2004.03.99.014450-4, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, Segunda Turma, j. 28/08/2007)

TAXA REFERENCIAL - TR

O financiamento imobiliário para aquisição da casa própria é feito com recursos que provêm tanto da caderneta de poupança como do FGTS. Estes recursos financeiros, que pertencem aos poupadores e aos trabalhadores titulares de conta do FGTS, são remunerados com TR mais uma taxa de juros que na caderneta de poupança equivale a 6% e no FGTS a 3%.

Ora, o mútuo para aquisição de imóvel residencial pactuado no âmbito do SFH, está lastreado nesses recursos, motivo pelo qual o contrato que viabiliza tal financiamento tem que garantir o retorno do dinheiro emprestado, sob pena de causar grave desequilíbrio econômico-financeiro tanto no FGTS como Sistema Brasileiro de Poupança, além da desnaturação completa do contrato de mútuo, pois neste tipo de avença o mutuário está obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, nos termos do artigo 586 do Código Civil. Para evitar o "descasamento" entre operações ativas e passivas do sistema financeiro, o contrato de financiamento imobiliário contém cláusula que prevê expressamente o reajustamento do saldo devedor com base no coeficiente aplicável às contas do FGTS e aos depósitos em caderneta de poupança.

Daí por que, desde o advento da Lei 8.177/91, o BTN deu lugar à TR como fator remuneratório dos depósitos em caderneta de poupança e do FGTS. Ressalte-se, ademais, que há autorização legal no artigo 18, § 2º, da Lei 8.177/91 para que o contrato de mútuo habitacional contenha cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança.

Não há, portanto, nenhum impedimento legal para a pactuação de critério de atualização, tanto da prestação como do saldo devedor, com base na remuneração da caderneta de poupança, motivo pelo qual, em respeito ao convencionado pelas partes, mostra-se legítima e legal a utilização da TR na atualização do saldo devedor do mútuo habitacional. Por outro lado, impende anotar que o STF, no julgamento da ADIn 493, não suprimiu a TR do universo jurídico nem proibiu que ela fosse utilizada com fator de indexação de contratos de financiamento imobiliário, mas, tão-somente,

estabeleceu, em respeito princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, que a TR não poderia substituir índice específico expressamente ajustado em contrato firmado antes da vigência da Lei 8.177/91, que instituiu a TR como índice de atualização de saldo devedor (STF, RE 175.678/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 04/08/95, pág. 22549; STJ REsp. 537.762/SC - rel. Ministro Fernando Gonçalves - DJ 01.02.2006, p. 560).

Ainda sobre a incidência da TR, cumpre destacar a recente Súmula 454 editada pelo STJ pacificando a aplicação do referido índice, cujo enunciado transcrevo:

Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991.

Posto isto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, não conheço do agravo retido da CEF e NEGO SEGUIMENTO à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao Juízo de origem.

Int.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00044 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003764-32.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.003764-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELANTE : KARIN FERNANDES PINTO e outro

: JOSE CARLOS GONCALVES DE JESUS

ADVOGADO : JOSE XAVIER MARQUES e outro

APELADO : EMGEA Empresa Gestora de Ativos

ADVOGADO : MARIA FERNANDA SOARES DE A BERE e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Karin Fernandes Pinto e outro contra a sentença de fls. 442/446 e 451/453, que julgou parcialmente procedente o pedido de revisão do contrato de mútuo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH para condenar a ré a rever os valores devidos à título de prestação do contrato de financiamento, desde o início do contrato até julho de /1997, observando os aumentos da categoria profissional dos autores, recalculando o valor das prestações do saldo devedor. Em consequência, condeno a ré a rever os valores das prestações e do saldo devedor, a partir de agosto de 1997, de acordo com a repactuação pelo Plano de Comprometimento de Renda -PCR.

A parte autora recorre pugnando pela reforma da sentença sustentando: que a taxa de juros do contrato de mútuo não está de acordo com os limites estabelecidos pela item XII, alínea "a", da Resolução n. 1.446/88 do BACEN; que deve ser observado o Plano de Equivalência Salarial - PES no reajuste do saldo devedor; que o critério de amortização da dívida deve obedecer ao disposto no art. 6º, alínea "c", da Lei nº 4.380/64 ; ter direito a cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, por estar o valor financiado dentro do limite legal; a utilização da Tabela Price como sistema de amortização ocasiona a prática ilegal do anatocismo, causando onerosidade excessiva aos mutuários, devendo ser aplicado o sistema de juros simples;

Com apresentadas contrarrazões (fls. 480/481).

Breve relatório, decido.

Os apelantes celebraram contrato de financiamento imobiliário vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação - SFH - em 16 de março de 1992 com a CEF. Ficou avençado, como sistema de amortização, o Sistema Francês, também conhecido como "Tabela Price". As prestações seriam reajustadas de acordo com a cláusula PES-CP, segundo a qual, na data-base do reajuste salarial da categoria profissional a que pertenciam os mutuários, as prestações seriam reajustadas mediante a aplicação da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança.

No entanto, a inadimplência dos ora apelantes é fruto de um segundo contrato entre as partes, de renegociação da dívida.

Tal contrato, foi celebrado em 16 de julho de 1997 e estabeleceu o o mesmo sistema de amortização - Tabela Price. Por este sistema, as prestações, assim como o saldo devedor, são reajustados com base nos índices vigentes para a correção das aplicações nas cadernetas de poupança ou FGTS, não se aplicando a cláusula PES-CP.

Esse novo contrato, celebrado com *animus novandi*, tem também força vinculante entre as partes que livremente celebraram o contrato e as cláusulas acordadas devem ser cumpridas. Somente se justificaria a revisão se algum dos preceitos infringisse o Ordenamento Jurídico.

LEI 8.177 - (contratos entre 01/03/91 a 27/07/93)

Quanto à revisão dos valores de prestações e saldo devedor do contrato de mútuo hipotecário originariamente pactuado pelas partes em 16 de março de 1992, cumpre ressaltar, de início, que ele foi firmado sob a égide da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

Esta lei permite o reajuste das prestações atrelado à evolução salarial do mutuário, indexado, contudo, ao fator de atualização da remuneração básica das cadernetas de poupança.

Assim, em tal sistema, na data do aniversário do contrato de mútuo, o valor da prestação mensal é reajustado mediante a aplicação do percentual que resultar da variação da remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança, acrescidos do percentual relativo ao ganho real de salário. É precisamente o que resulta do disposto no art. 1º da lei 8.100, de 05 de dezembro de 1990, combinado com o § 2º do art. 18 da lei 8.177, de 1º de março de 1991.

"Art. 1º As prestações mensais pactuadas nos contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), serão reajustadas em função da data-base para a respectiva revisão salarial, mediante a aplicação do percentual que resultar:

I - da variação: até fevereiro de 1990, do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e, a partir de março de 1990, o valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional (BTN);

II - do acréscimo de percentual relativo ao ganho real de salário" (Lei 8100/90).

"Art. 18 - ...

§ 2º Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta lei pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de Depósitos de Poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos" (Lei 8177/91).

Não há, portanto, no que diz respeito à aplicação dos índices de atualização das prestações e do saldo devedor, qualquer impedimento para a contratação de cláusula de atualização pela remuneração básica das cadernetas de poupança, como ocorreu no caso aqui tratado.

O contrato aqui discutido, no que se refere ao respeito à equivalência salarial, encontra-se regido pela lei 8.100/90, que dispõe:

"Art. 2º Ao mutuário, cujo aumento salarial for inferior à variação dos percentuais referidos no caput e 1º do artigo anterior, fica assegurado o reajuste das prestações mensais em percentual idêntico ao do respectivo aumento salarial, desde que efetuem a devida comprovação perante o agente financeiro."

Observa-se que há possibilidade de a parte autora fazer valer seu direito ao reajustamento das prestações pelo mesmo percentual de seu aumento salarial. Contudo, é indispensável que efetue a comprovação perante o agente financeiro. O que pretende a autora, entretanto, é coisa diversa: o reajustamento automático das prestações e do saldo devedor no mesmo percentual e data de seu aumento salarial.

Note-se que para os contratos firmados após fevereiro de 1991, ou seja, depois da edição da lei 8.177/91, não mais se pode cogitar da aplicação do PES/CP - Pleno, nos quais o reajuste das prestações neles previsto corresponderá ao mesmo percentual e periodicidade do aumento de salário da categoria profissional a que pertencer o adquirente. Esse sistema foi instituído pelo Decreto-lei 2.164/84, porém não é aplicável desde a edição da Lei 8.004, de 14 de março de 1990, que introduziu modificações na legislação anterior.

O contrato em questão foi firmado já sob as regras do PES/CP, com reajustes mensais e acerto na data-base.

Não obstante o todo explanado mantém-se o tópico da sentença atinente ao reajuste das prestações com observância dos aumentos da categoria profissional dos mutuários até julho de 1997, haja vista a ausência de impugnação da ré.

LEI 8692 - PCR (contratos após 28/07/93)

A lei 8.692, de 28 de julho de 1993, criou dois novos planos de financiamento imobiliário, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

O primeiro deles, denominado Plano de Comprometimento de Renda (PCR), foi concebido nos seguintes termos:

"Art. 1º É criado o Plano de Comprometimento da Renda (PCR), como modalidade de reajustamento de contrato de financiamento habitacional, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

Art. 2º Os contratos de financiamento habitacional celebrados em conformidade com o Plano de Comprometimento da Renda estabelecerão percentual de no máximo trinta por cento da renda bruta do mutuário destinado ao pagamento dos encargos mensais.

Parágrafo único. Define-se como encargo mensal, para efeitos desta lei, o total pago, mensalmente, pelo beneficiário de financiamento habitacional e compreendendo a parcela de amortização e juros, destinada ao resgate do financiamento concedido, acrescida de seguros estipulados em contrato.

Art. 3º O percentual máximo referido no caput do art. 2º corresponde à relação entre o valor do encargo mensal e à renda bruta do mutuário no mês imediatamente anterior.

Parágrafo único. Durante todo o curso do financiamento será admitido reajustar o valor do encargo mensal até o percentual máximo de comprometimento da renda estabelecido no contrato, independentemente do percentual verificado por ocasião da celebração do mesmo.

Art. 4º O reajustamento dos encargos mensais nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda terá por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor dos contratos, mas a aplicação deste índice não poderá resultar em comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato".

Como se vê, no Plano de Comprometimento de Renda, o reajustamento dos encargos mensais obedece ao mesmo índice e mesma periodicidade de atualização do saldo devedor; porém encontra limitação em 30% da renda bruta dos mutuários.

Essa lei estabeleceu, ainda, em seu art. 6º, um segundo plano, no qual "os contratos celebrados após a data de publicação desta lei, em conformidade com o Plano de Equivalência Salarial (PES), serão regidos pelo disposto nesta lei". Equivale isto a dizer que, nesta hipótese, também há o limite do valor da prestação a 30% da renda bruta dos mutuários (art. 11). Contudo, "o encargo mensal ... será reajustado no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, aplicável no mês subsequente ao de competência do aumento salarial" (art. 8º).

Não se está aqui diante do denominado Plano de Equivalência Salarial Pleno, onde a relação prestação/salário deve ser obrigatoriamente observada em todos os encargos mensais. No PES criado pela Lei 8.692/93, as prestações se reajustam de acordo com a categoria profissional do mutuário, independentemente dos reajustes por ele obtidos, ou, ainda, de eventual perda salarial.

Da mesma forma, a regra do comprometimento de renda, em ambos os planos de financiamento (PCR e PES - CR), não se aplica "às situações em que o comprometimento da renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadjuvantes" (§ 3º do art. 4º e § 1º do art. 11).

Assim, quanto ao alegado desrespeito aos critérios de reajustamento das prestações mensais, ressalto que a parte autora não questionou eventuais vícios relativos à observância dos critérios legais e contratuais que regem a espécie, como acima indicado, devendo ser presumida a legitimidade dos atos praticados pelo agente financeiro. Daí porque sua pretensão, considerados os fundamentos invocados na petição inicial, não merece acolhimento.

Quanto à limitação do percentual de comprometimento de renda (30% da renda bruta), observo que a lei 8.692/93 estabelece procedimento extrajudicial para a sua aplicação. Contudo, a limitação somente poderá ser aplicada a pedido do mutuário (art. 4º, § 1º), descabendo ao agente financeiro a sua aplicação espontânea. E assim ocorre, porque ao ser pleiteada a limitação o mutuário deverá arcar com os ônus decorrentes dessa prática, como a compensação nos encargos subsequentes e, também, deverá "renegociar as condições de amortização, buscando adequar novo comprometimento de renda ao percentual máximo estabelecido no contrato, mediante a dilação do prazo de liquidação do financiamento, observado o prazo máximo estabelecido em contrato e demais condições pactuadas", conforme dispõem o § 4º do art. 4º e o § 2º do art. 11, ambos da lei 8.692/93.

A corroborar a fundamentação expendida confira-se o seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - MÚTUO HABITACIONAL - SFH - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - AMORTIZAÇÃO NEGATIVA E TABELA PRICE - QUESTÃO FÁTICO-PROBATÓRIA - INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 5 E 7/STJ - PLANO DE COMPROMETIMENTO DA RENDA - REAJUSTE DOS ENCARGOS MENSIS PELO MESMO ÍNDICE E MESMA PERIODICIDADE DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR - LEGALIDADE - ART. 4º, CAPUT, DA LEI N. 8.692/93 - SUBSTITUIÇÃO PELO PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - DESCABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, pois todas as questões suscitadas pelo recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto. II - Aferir a existência de amortização negativa ou de capitalização de juros pela utilização da Tabela Price implicaria reexame de material fático-probatório e interpretação de cláusula contratual, o que encontra óbice nos enunciados 5 e 7/STJ. III - Nos contratos regidos pelo Plano de Comprometimento da Renda, o reajuste dos encargos mensais tem por base o mesmo índice e a mesma periodicidade de atualização do saldo devedor, conforme o art. 4º, caput, da Lei n. 8.692/93, respeitado o percentual máximo de comprometimento da renda estabelecido no contrato. IV - Reconhecida a legitimidade na adoção do Plano de Comprometimento de Renda - PCR, nos contratos firmados após a vigência da Lei n. 8.692/93, descabe a sua substituição pelo Plano de Equivalência Salarial. V - Recurso parcialmente provido. Sob tal enfoque, portanto, o pedido de revisão das prestações mensais mostra-se improcedente.

(STJ, Terceira Turma, RESP nº 1035484, Relator Ministro Massami Uyeda, DJU 26.11/2008)

Sob tal enfoque, portanto, o pedido de revisão das prestações mensais mostra-se improcedente.

TABELA PRICE

A Tabela Price caracteriza-se por ser um sistema de amortização de financiamento baseado em prestações periódicas, iguais e sucessivas, dentro do chamado conceito de termos vencidos, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas subparcelas distintas, isto é: uma de juros e outra de capital (denominada amortização).

Portanto, quanto se pretende pagar um financiamento em parcelas constantes, compreendendo amortização de juros, em regra, utiliza-se a Tabela Price, que tem por traço central o fato de, ao longo dos pagamentos, o montante de juros pagos serem decrescentes ao passo que a amortização é crescente.

Na Tabela Price os juros são calculados sobre o saldo devedor apurado ao final de cada período imediatamente anterior e como a prestação é composta de amortização de capital e juros, ambos quitados mensalmente, à medida que ocorre o pagamento, inexistente capitalização, pois os juros não são incorporados ao saldo devedor, mas sim pagos mensalmente.

Logo, o puro uso da Tabela Price não acarreta, por si só, a figura do anatocismo, isto é, pagamento de juros sobre juros, razão pela qual não nenhuma ilegalidade no uso da Tabela Price.

A legalidade do uso da Tabela Price já foi reiteradamente proclamada pelo STJ, asseverando que: "*Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal da parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencionada, desde que observados os limite legais, conforme autorizam as Leis n. 4.380/64 e n. 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.*" (REsp 5876639/SC - rel. Ministro Franciulli Netto - DJ 18/10/2004 - p. 238).

FORMA DE AMORTIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES

A amortização do valor pago pela prestação mensal do montante do saldo devedor é questão já pacificada pelo STJ na Súmula 450: "*Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação.*".

Com isso, consolidou-se o posicionamento acerca da legalidade na incidência de correção monetária e juros sobre o saldo devedor antes de sua amortização mensal pelo valor da prestação e encargos (STJ, AGRESP 200802306894, Rel. Des. Fed. Conv. do TJ/AP Honildo Amaral de Mello Castro; TRF 3ª Região, AC 200161030018279, Des. Fed. Cecília Mello, DJF3 CJI 09/09/10, p. 380; TRF 4ª Região, AC 00345778520064047100, Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 14/04/10).

JUROS - limite 10% -art. 6º -Letra "e" - Lei 4.380/64

Não há, no sistema legal que rege os contratos do sistema financeiro da habitação, imposição de limite da taxa de juros a 10% ao ano.

O dispositivo legal invocado pelo mutuário, art. 6º, letra "e", da Lei 4.380/64, não tem o alcance que se lhe pretende emprestar. Tratou-se na verdade de norma que condicionou a aplicação das regras contidas no art. 5º ao preenchimento de determinados requisitos, entre eles, o limite de 10% ao ano para os juros convencionais.

O art. 5º, por seu turno, determinou que os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição da casa própria poderão ter cláusula de reajustamento de prestações mensais de amortização e juros obedecendo-se o disposto nos parágrafos do artigo. A modalidade prevista neste artigo é diversa do contrato aqui tratado e já se encontra extinta pela superveniência de novas regras estabelecidas na legislação subsequente (TRF 4ª Região AC Nº 2003.71.00.035587-7/RS - Rel. Juiz Fed. Conv. Fernando Quadros da Silva - DJU 29/11/2006).

Não há, portanto, a pretendida imperatividade na aplicação da taxa anual de 10%. Também tal questão já está pacificada na jurisprudência do STJ: "*O art. 6º, letra "e", da Lei nº 4380/64, segundo o entendimento da Segunda Seção, não trata de limitação de juros remuneratórios a 10% ao ano, mas tão somente de critérios de reajuste dos contratos de financiamento, previsto no art. 5º do mesmo diploma legal.*" (REsp. 537762/SC - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJ 01/02/2006, p. 560).

Ademais, a disposição acerca dos juros dos financiamentos, consignada na Resolução nº 1.446/88 do BACEN (norma revogada), não encontrava apoio na legislação, razão pela qual não deve ser aplicada.

DO PEDIDO DE COBERTURA DO SALDO DEVEDOR PELO FCVS

No que diz respeito à improcedência do pedido de cobertura do saldo devedor pelo FCVS, a r. sentença também não merece reparos.

O Fundo de Compensação de Variações Salariais, criado pela Resolução nº 25/67, do Conselho de Administração do antigo Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de garantir a amortização dos contratos de mútuo firmados no âmbito do SFH, dentro do limite de prazo estipulado, dando cobertura ao agente financeiro do sistema quanto a eventuais saldos remanescentes, em virtude de diferentes critérios de atualização monetária das prestações pagas. Feitas tais considerações, passo à análise da alegação atinente ao valor do financiamento inferior a 2.500 OTN's, o que, nos termos do Decreto-Lei nº 2.349/87 e Resolução 1.446/88 do Bacen, item VII, alínea b, autorizaria a cobertura do FCVS.

O Decreto-Lei 2.349/87 dispõe sobre o limite para a cobertura dos saldos devedores residuais pelo FCVS, *in verbis*:

"Art. 1º Os contratos com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação, firmados a partir da data da publicação do presente decreto-lei, somente poderão conter cláusula de cobertura de resíduos dos saldos devedores, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, quando o valor do financiamento não exceder do limite, fixado para esse fim, pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 2º Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelo resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, observadas as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 3º Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário."

Da interpretação sistemática da norma jurídica supramencionada, bem como da Resolução 1.446/88, infere-se que os contratos com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação, firmados a partir da data da publicação do Decreto-Lei 2.349/87 e não-regidos pela Lei 8.692/93 (art. 29), somente poderão conter cláusula de cobertura de resíduos dos saldos devedores, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), quando o valor do financiamento não exceder o limite de 2.500 OTN'S, fixado para esse fim pelo Conselho Monetário Nacional.

Assim, os contratos que não excederem ao referido limite poderão ou não conter a mencionada cláusula de cobertura, não sendo, todavia, obrigatória sua previsão nas hipóteses em que o limite não foi ultrapassado.

No caso dos autos, verifica-se que no contrato de mútuo não há previsão de cobertura pelo FCVS, mediante a contribuição pelos autores, não podendo os mesmos se valer de tal benefício.

Nesse sentido, a jurisprudência da 2ª Turma desta E. Corte, que assim se manifestou em caso análogo:

"CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DO SACRE PELO PES/CP.SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. SACRE. ANATOCISMO. NÃO CONFIGURADO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. NÃO CONFIGURADA. COBERTURA OBRIGATÓRIA DO FCVS. TAXA DE RISCO DE CRÉDITO E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE FORMA MITIGADA E NÃO ABSOLUTA.

(...)

4. Se não houve previsão contratual do FCVS, não é cabível sua exigência a posteriori.

(...)

8. Apelação conhecida em parte e desprovida."

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AC nº 2004.61.00.032499-7, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 04/11/2008, DJF3 19/11/2008)

DA IMPONTUALIDADE

Não há ilegalidade na cláusula que versa sobre impontualidade, tendo em vista ser possível a cumulação de juros de mora e juros remuneratórios, por serem distintas as causas das respectivas incidências, enquanto uns têm função de compensar a credora dos prejuízos experimentados decorrentes da mora, os outros remuneram o capital emprestado. Por sua vez, a multa moratória tem como finalidade penalizar a inadimplência.

Nesse sentido:

"CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SENTENÇA QUE RECONHECE A EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI 70/66, DE REDUÇÃO DA MULTA E DE REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR - AFASTADA A EXTINÇÃO - APRECIÇÃO DO MÉRITO DOS PEDIDOS COM FULCRO NO ART. 515, § 3º, DO CPC - ADOÇÃO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO CRESCENTE - LIMITE DE COMPROMETIMENTO DE RENDA - INAPLICABILIDADE - APLICAÇÃO DO CDC - RESTITUIÇÃO CONFORME ART. 23 DA LEI Nº 8004/90 - PRÊMIO DE SEGURO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - TAXA DE JUROS EFETIVOS - LIMITE DE 12% AO ANO - CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR - INCORPORAÇÃO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS AO SALDO DEVEDOR - VALIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO - ART. 31, § 1º, DO DECRETO-LEI 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE - NOMEAÇÃO DO AGENTE FIDUCIÁRIO PELO AGENTE FINANCEIRO - VÍCIO DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA PURGAR A MORA INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

21. Os juros moratórios fixados, no contrato de mútuo, à razão de 0,33% por dia, para a hipótese de impontualidade, não extrapolam o limite fixado pelo art. 52 da Lei 8078/90, com redação dada pela Lei 9298/96, visto que tal verba não se confunde com a multa moratória, de que trata o referido dispositivo legal. Na verdade, os juros visam reparar o prejuízo decorrente da mora do devedor e a multa é a sanção pelo inadimplemento.

(...)

30. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Recurso parcialmente provido."

(TRF - 3ª Região, 5ª Turma, AC nº 2004.61.14.001325-3, Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/03/2008, DJF3 10/06/2008)

TEORIA DA IMPREVISÃO

A aplicação da Teoria da Imprevisão pressupõe a superveniência, após a conclusão do contrato, de acontecimento extraordinário e absolutamente imprevisível que cause além de modificação drástica e radical da base negocial, o enriquecimento injusto de um, em detrimento do outro contraente, levando-o à impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Entretanto, as oscilações contratuais decorrentes da inflação - fato inerente à economia brasileira - e a simples alegação da Teoria da Imprevisão não configuram fato imprevisível que autorize o afastamento das obrigações assumidas contratualmente.

Diante do exposto, nego seguimento ao recurso de apelação, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil. Intime-se.

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

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00045 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035653-92.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035653-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARIA AUXILIADORA FRANCA SENNE e outro
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
AGRAVADO : NICASIO MARTINEZ PEREZ
PARTE RE' : NICASIO MARTINEZ PEREZ E CIA/ LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05036783019974036182 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Agravo de instrumento da entidade exequente tirado de decisão que, de ofício, determinou a **exclusão dos sócios** da empresa executada no pólo passivo de **execução fiscal de dívida ativa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço**, por ilegitimidade.

Considerou a d. Juíza Federal ser incabível o redirecionamento da execução em face dos sócios, só previsto no artigo 135 do CTN, já que as contribuições do FGTS não possuem natureza tributária.

Em sua minuta a União Federal (Fazenda Nacional), sustenta em resumo, que além dos sócios constarem da CDA, cabendo-lhes desconstituir a presunção do título executivo extrajudicial, a execução não se encontra suficientemente garantida e a empresa não foi localizada no endereço declarado ao Fisco, o que pressupõe sua dissolução irregular, de modo que se encontra legitimado o pedido de redirecionamento em face dos sócios.

Decido.

Trata-se de recurso cuja essência reside no cabimento - ou não - de ser direcionada execução de FGTS contra a pessoa do sócio.

Analisando a questão à luz da legislação do FGTS pode-se concluir que em princípio não se pode afastar a corresponsabilidade dos sócios gerentes e administradores pelos débitos de FGTS a cargo da pessoa jurídica devedora principal, muito embora não se possa falar em presunção *ius et de iure* de responsabilidade do sócio, já que o mesmo pode fazer prova em contrário em sede de exceção de pré-executividade ou de embargos.

O não recolhimento das quantias de FGTS, como exigência legal imposta aos empregadores em favor dos trabalhadores, ensejava, desde o artigo 20 da Lei nº 5.107/66, a cobrança por órgão público: ao tempo da Lei nº 5.107/66 era a Previdência Social, em nome do BNH; posteriormente, com o advento das Leis ns. 8.096/90 e 8.844/94, a cobrança passou a caber a própria União Federal, com possibilidade de delegação em favor da CEF.

Embora os valores não pertencessem - como não pertencem - à União Federal (sendo explícita a Constituição no sentido de o FGTS ser direito social do trabalhador na forma do artigo 7º, III), inseriam-se, como ainda se inserem, no conceito de Dívida Ativa não-tributária, diante da latíssima previsão do § 2º do artigo 39 da Lei nº 4.320/64, com a redação do Decreto lei nº 1.735/79.

Para a cobrança desses créditos emprega-se a Lei nº 6.830/80, conforme seu artigo 1º.

Mais: o artigo 2º da Lei nº 6.830/80, repisando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela considerada tributária ou não-tributária pela Lei nº 4.320/64, deixa claro que "*qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o § 1º - União, Estados, Distrito Federal, municípios e autarquias -será considerado dívida ativa da Fazenda Pública*".

Assim sendo, embora o FGTS não tenha natureza tributária (STF, RE nº 100.249/SP, plenário, rel. Min. Oscar Correa), na medida em que por força de seguidas leis, desde sempre vem sendo cobrado por autarquias federais e depois pela própria União através da PGFN, é considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública; essa cobrança, também *ex lege*, faz-se com o emprego primordial da Lei nº 6.830/80, restando o Código de Processo Civil como norma subsidiária (artigo 1º). No ambiente severo da Lei nº 6.830/80 tem-se que "à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial" (destaquei - § 2º do artigo 4º).

Por aí se vê que: embora o FGTS se configure como Dívida Ativa *não-tributária*, diante da latíssima previsão do § 2º do artigo 39 da Lei nº 4.320/64, na medida em que sua cobrança se faz *ex lege* através das regras da Lei nº 6.830/80, não se afastam as regras de responsabilidade pela dívida que, em princípio, seriam próprias do Direito Tributário. Dentre essas regras - que à luz do § 2º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80 devem incidir na execução de qualquer Dívida Ativa da Fazenda Pública - acha-se a imposição de responsabilidade de diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações decorrentes de infração de lei (artigo 135 do CTN).

Sucedendo que o não recolhimento do FGTS, como obrigação legal imposta aos empregadores, configura infração de lei, especialmente depois do advento da Lei nº 7.893/89, artigo 21, § 1º, I e V, ao depois substituída pela atual Lei nº 8.036/90, artigo 23, § 1º, I e V. Na verdade, muito antes disso, o artigo 2º da Lei nº 5.107/66 - que criou o FGTS - peremptoriamente obrigava todas as empresas vinculadas a CLT a depositarem até o dia 20 de cada mês, o percentual de 8% da remuneração paga ao obreiro, optante ou não, em conta bancária do trabalhador que fosse optante ou em conta individualizada no caso do empregado não optante. Ora, na medida em que uma lei "obrigava" a empresa sujeita a CLT a efetuar o depósito, é mais do que evidente que o não recolhimento do FGTS desde lei que o criou em 1966, já figurava como infração da lei.

Logo, mesmo sendo os créditos de FGTS apenas Dívida Ativa não-tributária, na medida em que o inadimplemento configura, como sempre configurou, infração da lei, incide a responsabilidade dos sócios, gerentes e diretores da pessoa jurídica devedora na forma do artigo 135 do CTN já que essa incidência deriva do comando previsto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80.

O mesmo se dará quando constatada a dissolução irregular da pessoa jurídica inadimplente, na esteira de remansosa jurisprudência.

Em resumo: desde sua criação pela Lei nº 5.107/66 o FGTS foi cobrado por autarquia federal (Previdência Social, em nome do BNH - artigo 20) e depois pela própria União ainda que através de delegação à CEF (Leis ns. 8.096/90 e 8.844/94). Assim sendo, o FGTS legalmente é Dívida-Ativa não-tributária (artigo 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64). Para cobrança executiva desses créditos incide a Lei nº 6.830/80 (artigo 1º), cujo artigo 2º torna imune de dívidas que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela considerada tributária ou não-tributária pela Lei nº 4.320/64, deixando claro que "*qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o § 1º - União, Estados, Distrito Federal, municípios e autarquias -será considerado dívida ativa da Fazenda Pública*". No ambiente severo da Lei nº 6.830/80 tem-se que "*à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial*" (destaque - § 2º do artigo 4º). Dentre essas regras acha-se a imposição de responsabilidade de diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações decorrentes de infração de lei (artigo 135 do CTN). O simples não recolhimento do FGTS, como obrigação legal imposta aos empregadores desde o artigo 2º da Lei nº 5.107/66, configura infração de lei, especialmente depois do advento da Lei nº 7.893/89, artigo 21, § 1º, I e V, ao depois substituída pela atual Lei nº 8.036/90, artigo 23, § 1º, I e V. Assim, a responsabilidade dos sócios, diretores e gerentes pela dívida não deriva de qualquer "natureza tributária" do FGTS - negada pelas Cortes Superiores - mas sim da imposição dessa responsabilidade à conta do § 2º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80, que a estende para a cobrança de qualquer valor que seja tido, pela lei, como *dívida ativa da Fazenda Pública*, caso do FGTS conforme o artigo 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64. Portanto, é caso de se reformar a interlocutória recorrida para que sejam incluídos e mantidos os sócios-gerentes indicados no pólo passivo da execução fiscal de FGTS.

Pelo exposto, **defiro** a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Johanson de Salvo

Desembargador Federal

00046 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004225-03.2002.4.03.6102/SP
2002.61.02.004225-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR

APELANTE : REINALDO SGOTTI JUNIOR e outro

: JANETE APARECIDA MARCAL SGOTTI

ADVOGADO : EDUARDO AUGUSTO DE OLIVEIRA e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SANDRA REGINA OLIVEIRA FIGUEIREDO
: BIANCA REGINA D'ERRICO

DESPACHO
Fl. 127: anote-se.

Defiro o prazo de 10 (dez) dias para cumprimento do despacho de fl. 117, bem como para vista dos autos fora da Subsecretaria.

I.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Vesna Kolmar
Desembargadora Federal

00047 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009823-98.2003.4.03.6102/SP
2003.61.02.009823-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : JOSE JAIME DA SILVA e outro. e outro
ADVOGADO : ADALEA HERINGER LISBOA
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro

DECISÃO

Trata-se de ação proposta por **José Jaime da Silva e outro** em face da Caixa Econômica Federal visando à revisão dos índices utilizados no reajuste das parcelas e a repetição dos valores pagos a maior.

Alegaram os autores, em apertada síntese, o desequilíbrio do contrato decorrente de injustiça na correção das prestações e do saldo devedor, o que tornou a avença impagável por culpa exclusiva da mutuante.

Regularmente citada a Caixa Econômica Federal apresentou contestação (fls. 48/53).

Na sentença de fls. 96/107 o d. Juízo de primeiro grau julgou **improcedente** o pedido e extinguiu o feito, com resolução do mérito, nos termos do disposto no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Deixou de condenar os autores ao pagamento de honorários advocatícios ante a concessão do benefício da gratuidade da justiça.

Apelou a parte autora requerendo a condenação da Caixa Econômica Federal para que promova a amortização da dívida primeiro e depois faça a correção monetária do saldo devedor, de acordo com a letra "c", do artigo 6º da Lei nº 4.380/64. Questiona, ainda, a aplicação da TR no reajuste do saldo devedor. Alegou a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo e a incidência da teoria da imprevisão à espécie. Por fim requereu a devolução dos valores pagos a maior em dobro (fls. 113/127).

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

DECIDO.

A apelação pode ser julgada em decisão singular do relator com esteio no artigo 557, do Código de Processo Civil, como segue.

De início convém ressaltar que o contrato objeto da demanda foi celebrado em 11/03/1998 (f. 29), sendo aplicado, quanto aos reajustes de prestações, o chamado sistema SACRE (f. 19).

Quanto aos reajustes de prestações, o chamado sistema SACRE busca a inexistência do chamado "resíduo de saldo devedor", pois permite maior amortização do valor financiado e redução de juros do saldo devedor. Esse sistema tem amparo na Lei nº 8.692/93 que permite aplicação de índices idênticos tanto para correção de saldo quanto da prestação.

Veja-se ainda o disposto na MP nº 2.197 de 24.08.01.

"Art. 1º Será admitida, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, a celebração de contratos de financiamento com planos de reajustamento do encargo mensal diferentes daqueles previstos na Lei no 8.692, de 28 de julho de 1993."

Se os mutuários aceitaram essa forma de cálculo, em que são beneficiados em relação ao Sistema PRICE que era comumente usado, *pacta sunt servanda*.

A propósito, se a estipulação contratual é favorável aos mutuários, na medida em que minimiza ou nulifica o saldo devedor residual e ao longo do tempo vai abatendo o valor das prestações, não há que se cogitar na *inversão do ônus da prova* preconizada no Código de Defesa do Consumidor.

Insurgem-se os apelantes, ainda, contra a forma de amortização do saldo devedor, sustentando que o agente financeiro deveria, em primeiro lugar, computar o pagamento da prestação e só depois atualizar o saldo devedor, procedimento que estaria em conformidade com o disposto na alínea "c" do artigo 6º da Lei nº 4.380/64.

Ocorre que a pretensão dos mutuários em ver amortizada a parcela paga antes da correção monetária do saldo devedor não procede, posto que inexistente a alegada quebra do equilíbrio financeiro.

Assim, vem se pronunciando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: (grifei)

"CIVIL E PROCESSUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. CDC. TR. APLICABILIDADE. ATUALIZAÇÃO, PRIMEIRO, DO SALDO DEVEDOR, E, APÓS, AMORTIZAÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO. SÚMULA 07/STJ. APLICAÇÃO.

I. Conquanto aplicável aos contratos do SFH o Código de Defesa do Consumidor, há que se identificar, no caso concreto, a existência de abusividade no contrato, o que, na espécie dos autos, não ocorre.

II. Legítima a incidência da TR como indexador contratual. Nos contratos de mútuo hipotecário é incabível a aplicação do Plano de Equivalência Salarial - PES na correção do saldo devedor, que é reajustado de conformidade com o índice previsto na avença. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ: REsp n. 495.019/DF, Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 06.06.2005.

III. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como Tabela Price, somente com detida incursão nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de anatocismo, vedado em lei. Precedentes.

IV. É entendimento consolidado neste Tribunal ser correto o prévio reajuste do saldo devedor, antes que se proceda à sua amortização com o abatimento das prestações pagas.

V. Recurso especial não conhecido."

(RESP 643273, ALDIR PASSARINHO JUNIOR, STJ - QUARTA TURMA, 16/11/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 284/STF. SFH. CONTRATO DE MÚTUA HABITACIONAL. FORMA DE CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. LEGALIDADE.

1. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide a censura da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2 - É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante à possibilidade de correção do saldo devedor do contrato de mútuo habitacional antes da amortização da prestação mensal.

3 - Agravo regimental desprovido."

(AGA 1135496, FERNANDO GONÇALVES, STJ - QUARTA TURMA, 19/10/2009)

"RECURSO ESPECIAL - AÇÕES REVISIONAL E CONSIGNATÓRIA - MÚTUA HABITACIONAL - SFH - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - POSSIBILIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA DE MARÇO/90 - IPC - 84,32% - LEGALIDADE DO CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO QUE PREVÊ A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR ANTES DA AMORTIZAÇÃO DECORRENTE DA PRESTAÇÃO MENSAL - SALDO RESIDUAL - AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS - RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO.

I - Não há se falar em ofensa ao art. 535 do CPC, pois todas as questões suscitadas pelo recorrente foram solucionadas à luz da fundamentação que pareceu adequada ao caso concreto

II - É possível a utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária nos contratos de financiamento imobiliário em que prevista a atualização do saldo devedor pelos mesmos índices da caderneta de poupança, ainda que o contrato seja anterior à Lei n.º 8.177/91;

III - O índice aplicável ao reajuste da prestação nos contratos de financiamento habitacional no mês de abril de 1990, relativo ao mês de março do mesmo ano, é o IPC, no percentual de 84,32;

IV - É legal o critério que prevê a incidência da correção monetária e juros sobre o saldo devedor antes da amortização decorrente do pagamento da prestação mensal do contrato;

V - Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes; VI - Recurso provido."

(RESP 200801287899, MASSAMI UYEDA, STJ - TERCEIRA TURMA, 03/12/2008)

Em relação à incidência de correção foi pactuada a mesma forma de correção do FGTS; quanto ao reajuste com base no mesmo fator que remunera as cadernetas de poupança, se a TR é usada como fator de correção da poupança alcança indiretamente o contrato de mútuo, mas isso serve à lógica do sistema já que se trata de um mesmo fator usado tanto para as operações que captam recursos para custeio do Sistema Financeiro da Habitação, quanto nas operações ativas de empréstimo e financiamento da "casa própria". Ademais, não é verdade que a TR foi proibida de ser usada como índice de correção; na ADIN nº 493/DF o Supremo Tribunal Federal simplesmente impediu a aplicação da TR no lugar de índices de correção monetária estipulados em contratos antes da Lei nº 8.177/90.

Assim, seria inviável a incidência de TR apenas se a avença tivesse sido firmada anteriormente à vigência da Lei nº 8.177/91, o que obviamente não foi o caso posto que o contrato foi celebrado em **11/03/1999** (fl. 29). Vejam-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça: RESP nº 629.009/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 03.11.04; RESP nº 587.639/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 18.10.04; RESP nº 411.395/BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 03.11.04; AgRg no RESP nº 616.703/BA, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.09.04.

Finalmente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 454 no seguinte teor:

"Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991."

Por fim anoto que não há aplicação indiscriminada das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. A sua incidência deve se dar de forma restrita, a depender do caso concreto, notadamente quando se verificar abusividade nas cláusulas contratuais, o que não vislumbro na hipótese em tela.

No sentido do exposto, confira-se (destaquei):

CIVIL E PROCESSUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. CDC. TR. APLICABILIDADE. ATUALIZAÇÃO, PRIMEIRO, DO SALDO DEVEDOR, E, APÓS, AMORTIZAÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO. SÚMULA 07/STJ. APLICAÇÃO.

I. Conquanto aplicável aos contratos do SFH o Código de Defesa do Consumidor, há que se identificar, no caso concreto, a existência de abusividade no contrato, o que, na espécie dos autos, não ocorre.

II. Legítima a incidência da TR como indexador contratual. Nos contratos de mútuo hipotecário é incabível a aplicação do Plano de Equivalência Salarial - PES na correção do saldo devedor, que é reajustado de conformidade com o índice previsto na avença. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ: REsp n. 495.019/DF, Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 06.06.2005.

III. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como Tabela Price, somente com detida incursão nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de anatocismo, vedado em lei. Precedentes.

IV. É entendimento consolidado neste Tribunal ser correto o prévio reajuste do saldo devedor, antes que se proceda à sua amortização com o abatimento das prestações pagas.

V. Recurso especial não conhecido.

(RESP 643273, ALDIR PASSARINHO JUNIOR, STJ - QUARTA TURMA, 16/11/2009)

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO REVISIONAL DE MÚTUA HABITACIONAL - SFH - UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - POSSIBILIDADE - CDC - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

I - É possível a utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária nos contratos de financiamento imobiliário em que esteja prevista a atualização do saldo devedor pelos mesmos índices da caderneta de poupança, ainda que o contrato seja anterior à Lei n.º 8.177/91.

II - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às relações existentes entre mutuários e instituições financeiras. Entretanto, há que se comprovar a existência de abusividade nas cláusulas contratuais.

III - Recurso improvido.

(AGA 1026331, MASSAMI UYEDA, STJ - TERCEIRA TURMA, 28/08/2008)

Da mesma forma não deve ser aplicada a teoria da imprevisão, uma vez que não houve desequilíbrio econômico-financeiro demonstrado por onerosidade excessiva, de forma a autorizar a revisão do contrato para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes.

Desta forma, encontrando-se a decisão recorrida em conformidade com jurisprudência dominante de Tribunal Superior, deve ela ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, nos termos do art. 557, "caput" do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação.**

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00048 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010413-75.2003.4.03.6102/SP

2003.61.02.010413-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro

APELADO : JOSE JAIME DA SILVA e outro. e outro

ADVOGADO : ADALEA HERINGER LISBOA

DECISÃO

Trata-se de ação cautelar, com pedido de liminar, proposta em face da Caixa Econômica Federal por **José Jaime da Silva** e outro visando à suspensão de leilão extrajudicial de imóvel financiado pela ré e dado em caução do mútuo, derivado de inadimplemento de prestações, a ser realizado pela Caixa Econômica Federal com base no Decreto-lei nº 70/66.

A liminar foi **parcialmente deferida** para suspender o registro da carta de arrematação (fls. 59/61).

Regularmente citada a Caixa Econômica Federal apresentou contestação (fls. 67/83).

A r. sentença de fls. 107/112 julgou **procedente** o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, oportunidade em que tornou definitiva a liminar anteriormente concedida. Honorários advocatícios fixados na ação principal.

Apelou a Caixa Econômica Federal requerendo a reforma da r. sentença. Sustentou, em apertada síntese, a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto Lei nº 70/66 (fls. 116/125). Recurso respondido.

É o relatório.

DECIDO.

A apelante sustenta a constitucionalidade da execução extrajudicial levada a efeito pelo Decreto-lei nº 70/66, alegando a inexistência de afronta ao princípio do devido processo legal insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a **constitucionalidade** do procedimento adotado pela Caixa Econômica Federal na forma do Decreto-Lei nº 70/66, não ferindo qualquer direito ou garantia fundamental do devedor, uma vez que além de prever uma fase de controle judicial antes da perda da posse do imóvel pelo devedor, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento da venda do imóvel seja reprimida pelos meios processuais próprios.

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO DECRETO-LEI N. 70/66.

Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido.

(RE nº 287.453/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 26/10/2001, p. 63)

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.

(RE nº 240.361/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/11/98, p. 22)

Da jurisprudência recente da Excelsa Corte colhem-se ainda decisões monocráticas nesse sentido, a saber:

RE 231.931/SC

DESPACHO: Recurso extraordinário, a, contra acórdão que decidiu pela constitucionalidade dos procedimentos previstos do Decreto-Lei 70/66. Sustenta o recorrente, em suma, ofensa ao art. 5º, LIV, LV, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal já pacificou a matéria decidindo pela recepção do Decreto-Lei 70/66 pela Constituição. Em caso similar a 1ª Turma já afirmou que: "Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66.- Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.- Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido." (RE 287453, Moreira Alves, DJ 26.10.2001) No mesmo sentido RE 223075 (Ilmar Galvão, 1ª T, DJ 23.06.1998). O acórdão recorrido está conforme os precedentes.

Nego seguimento ao recurso (art. 557, C. Pr. Civil).

Brasília, 10 de maio de 2004.

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator

RE 388.726/SP

DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, em ação sob o procedimento ordinário, decidiu pela inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei 70/66, ante a ofensa ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. Daí o RE, interposto pelo BANCO SAFRA S/A, fundado no art. 102, III, b, da Constituição Federal, sustentando-se, em síntese, o seguinte: a) constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66; b) existência de precedente do Supremo Tribunal Federal favorável ao recorrente (RE 223.075/DF, 1ª Turma, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 06.11.98). Admitido o recurso, subiram os autos, que me foram conclusos em 25.6.2003. Decido. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, acentuou a compatibilidade do D.L. 70/66 com a Constituição Federal. No RE 223.075/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido." ("D.J." de 06.11.98). No RE 275.684/RS, Ministro Sydney Sanches, não foi outro o entendimento da Corte ("D.J." de 06.3.2002).

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento (art. 557, § 1º-A, do C.P.C.), condenada a vencida ao pagamento da verba honorária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Publique-se.

Brasília, 26 de junho de 2003.

Ministro CARLOS VELLOSO - Relator

AI 446.728/SP

DECISÃO: O STF tem esta decisão: "EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66.

CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido." (RE 223.075, ILMAR, DJU de 06.11.1998) No mesmo sentido os RREE 240.361 e 148.872.

O acórdão recorrido está em confronto. Conheço do agravo. Dou provimento ao RE (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). Publique-se.

Brasília, 18 de junho de 2003.

Ministro NELSON JOBIM Relator

Estando a sentença recorrida em desacordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, **dou provimento à apelação**, o que faço na forma do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00049 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007536-52.1995.4.03.6100/SP
2001.03.99.031934-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : MARIVONE DE OLIVEIRA

ADVOGADO : JOAO BOSCO BRITO DA LUZ e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : ILSANDRA DOS SANTOS LIMA e outro

No. ORIG. : 95.00.07536-9 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada por **MARIVONE DE OLIVEIRA** em face da Caixa Econômica Federal - CEF objetivando a revisão do contrato de mútuo hipotecário firmado nos termos do Sistema Financeiro da Habitação.

Sentença de fls. 187/191, julgando improcedente o pedido, oportunidade em que a parte autora foi condenada a pagar as custas e verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Inconformada, apela a autora repisando os mesmos argumentos deduzidos na peça inicial (fls. 199/208). Recurso respondido (fls. 214/227).

Às fls. 255 determinei a intimação da parte autora para que recolhesse o preparo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção, tendo em vista que a apelante, por ocasião da interposição do recurso de apelação, efetuou o preparo-guia DARF com código incorreto (f. 209), portanto, em desacordo com a Lei nº 9.289/96, a Resolução nº 184/97 do Conselho da Justiça Federal e as Resoluções nºs 148/97, 155/99, 169/00, 255/04, 278/07 e 296/07, do Conselho de Administração do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Não houve manifestação dos autores (certidão de fl. 256).

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente observo que o preparo do recurso é um dos requisitos extrínsecos de sua admissibilidade. O desatendimento no prazo e forma indicados na lei acarreta o não conhecimento do recurso.

De acordo com o artigo 511 do Código de Processo Civil, o recorrente, no ato de interposição do recurso deverá comprovar, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e retorno, sob pena de **deserção**.

De outra parte, a Lei nº 9.289 de 4 de julho de 1996 veio a dispor sobre custas devidas à União, na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Grau, que em seu artigo 2º dispõe:

"Art. 2º - O pagamento das custas é feito mediante documento de arrecadação das receitas federais, na Caixa Econômica Federal - CEF, ou não existindo agência desta instituição no local, em outro banco oficial".

Nesse sentido, ainda, a Resolução nº 184/97 do Conselho da Justiça Federal, e as Resoluções nºs 148/97, 155/99, 169/00, 255/04, 278/07 e 296/07, do Conselho de Administração do Tribunal Regional Federal da Terceira Região vieram normatizar o recolhimento de **custas** de preparo de recurso e do porte de remessa e retorno, no âmbito desta Terceira Região, ou seja, **o recolhimento das custas deve ser feito, por meio de documento de arrecadação das receitas federais (DARF) com código correto, na Caixa Econômica Federal ou, na falta desta, no Banco do Brasil.**

No caso específico dos autos observa-se que o apelante por ocasião da interposição do recurso de **apelação** efetuou o preparo-guia DARF com código incorreto (f. 209), portanto, em desacordo com a Lei nº 9.289/96 e Resoluções acima citadas e, apesar de intimado, não procedeu à sua regularização (fl. 256), razão pela qual é de se reconhecer, portanto, a **deserção**.

Pelo exposto, tratando-se de recurso manifestamente inadmissível, **nego-lhe seguimento**, o que faço com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito, restitua-se os autos ao juízo de origem.

Int.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00050 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000440-14.2009.4.03.6126/SP

2009.61.26.000440-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : EDMUNDO MIGUEL DALL OLIO

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : CARLA SANTOS SANJAD e outro

No. ORIG. : 00004401420094036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de ação condenatória de rito ordinário ajuizada por Edmundo Miguel Dall'Olio em face da Caixa Econômica Federal objetivando a aplicação da taxa progressiva de juros e dos índices de 42,72% (janeiro/89), 44,80% (abril/90), 18,02% (junho/91), 5,38% (maio/90) e 7% (junho/91) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS (fls. 02/20).

O autor desistiu dos índices de janeiro de 1989 e abril de 1990, o que foi recebido pelo MM. Juiz 'a quo' (fl. 94).

Sentença de fls. 154/161: julgou improcedente o pedido relativo à aplicação da taxa progressiva de juros. Sem condenação em honorários em razão do artigo 29-C da Lei nº 8.036/90.

Apelação interposta pelo autor pleiteando a reforma do julgado para que seja reconhecido o seu direito à aplicação da taxa progressiva de juros e dos índices de 18,02% (junho/87), 5,38% (maio/90) e 7% (fevereiro/91). Sustenta o apelante que a r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido relativo aos juros progressivos por não entender que a obrigação em questão é de trato sucessivo, ou seja, o termo inicial da contagem do prazo prescricional se renova a cada mês. Por fim requereu a incidência de juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados da citação (fls.163/190).

Com contrarrazões de apelação (fls. 199/205), os autos foram remetidos a esse Tribunal e distribuídos a esse Relator. Decido.

DECIDO.

Anoto, em princípio, que a sentença recorrida não examinou todas as questões formuladas na impugnação.

A decisão apreciou apenas a questão da aplicabilidade da taxa progressiva de juros. No entanto, permaneceu silente quanto aos índices de maio e junho de 1991 uma vez que a desistência restringiu-se aos índices de janeiro/89 e abril/90, revelando-se, assim, *citra petita*.

Ora, o juiz está obrigado a apreciar e a decidir a respeito de tudo quanto as partes pleitearam, incidindo em nulidade a sentença que deixar de fazê-lo.

O Tribunal, por sua vez, não pode conhecer diretamente dos pedidos não decididos na sentença, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Com efeito, em consonância com o disposto nos artigos 128 e 458 a 460 do Código de Processo Civil, iterativa jurisprudência vem sustentando que é nula a sentença que deixar de apreciar todas as questões propostas, podendo a nulidade ser decretada de ofício pelo Tribunal *ad quem*.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO *CITRA PETITA*. OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM.

1. Em caso de julgamento *citra petita*, devem os autos retornar à Corte local para que decida a lide nos exatos limites em que foi proposta, em atenção ao disposto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS nº 15.892/ES, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 09/12/2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SFH. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM COBERTURA PELO FCVS. JULGAMENTO *CITRA PETITA*. RECONHECIMENTO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. Incorre em julgamento *citra petita* o acórdão que deixa de examinar pleitos formulados na petição inicial e repetidos no recurso adesivo.

2. Reconhecido o julgamento *citra petita*, devem os autos ser devolvidos à origem para que o Tribunal *a quo* se manifeste sobre o pedido contido na exordial.

3. Recurso especial provido em parte.

(RESP nº 896.523/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 22/03/2007)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - IPTU - SENTENÇA *CITRA PETITA* - ANULAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM MANTIDA.

1. Considera-se *citra petita* a sentença que não aborda todos os pedidos feitos pelo autor.

2. Na hipótese dos autos, havendo julgamento aquém do pedido, correto o encaminhamento dado pelo Tribunal de origem de anular a sentença para que outra seja proferida.

3. Recurso especial improvido.

(RESP nº 686961/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16/05/2006, p. 205)

Pelo exposto, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, **anulo, de ofício, a r. sentença, por ser *citra petita***, devendo os autos retornarem à Vara de origem para que outra decisão seja proferida, decidindo a lide nos limites em que foi deduzida, e julgo prejudicada a apelação.

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00051 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029670-19.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.029670-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : ANTONIO NICOLA NETO

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : ZORA YONARA M. DOS SANTOS CARVALHO e outro

No. ORIG. : 00296701920084036100 1 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal objetivando a aplicação dos índices de 42,72% (janeiro/89), 44,80% (abril/90), 5,38% (maio/90), 18,02% (junho/91) e 7% (junho/91) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS (fls. 02/19).

O MM. Juiz 'a quo' julgou parcialmente procedente o pedido apenas para reconhecer os índices de janeiro/89 e abril/90, acrescidos de juros de mora à taxa Selic, contados da citação, sendo inacumulável com qualquer outro índice. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus respectivos patronos (fls. 129/134).

A parte autora interpôs recurso de apelação pleiteando a reforma do julgado para que seja reconhecido o seu direito à aplicação da taxa progressiva de juros e dos índices de 18,02% (junho/87), 5,38% (maio/90) e 7% (fevereiro/91).

Sustenta o apelante que a r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido relativo aos juros progressivos por não entender que a obrigação em questão é de trato sucessivo, ou seja, o termo inicial da contagem do prazo prescricional se renova a cada mês. Por fim requereu a inversão do ônus da prova, a incidência de juros de mora à taxa Selic ou de 1% ao mês, contados da citação, e de correção monetária desde o creditamento a menor (fls.136/160).

Deu-se oportunidade para resposta.

DECIDO.

Inicialmente, conheço de parte da apelação interposta em decorrência de prescindir a apelante de interesse recursal quanto a alguns aspectos de suas razões de impugnação, quer porque o MM. Juiz *a quo*, ao se manifestar relativamente aos juros de mora, o fez nos exatos termos do inconformismo da recorrente, quer porque quanto à insurgência da apelante relativamente à taxa progressiva de juros e dos índices de junho/87 e fevereiro/91, não houve manifestação judicial em virtude dessas questões não haverem sido requeridas pela parte autora por ocasião do ajuizamento dessa ação.

Muito embora o pedido inicial seja obscuro no tocante à aplicabilidade dos juros progressivos, observo que a matéria não foi tratada na exposição dos fatos e da fundamentação da petição inicial como determina o artigo 282 do Código de Processo Civil.

Assim, a incidência da progressividade dos juros não deve ser apreciada.

No tocante à aplicação do índice relativo a maio de 1990, conforme reconhecidos pela Súmula nº 252 do Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.855-7, verifico que não há como prejudicar a parte autora ao argumento de que esse índice já lhe foi pago. Podem ter sido ou não, mas o que realmente importa é que não há elementos para se afirmar que o pleito do autor foi atendido enquanto a ação tramitava. Pelo exposto, o recurso merece acolhimento quanto a esse aspecto.

Outrossim, esclareço que incide correção monetária desde a data em que deveriam ter sido creditadas as diferenças de índices de correção monetária sobre os valores depositados nas contas do FGTS até a citação.

Com efeito, como a matéria (recomposição de saldo do FGTS) posta a deslinde já se encontra assentada em julgados oriundos de nossos tribunais superiores, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil. Pelo exposto, não conheço de parte da apelação interposta e da parte que conheço, dou-lhe provimento, o que faço com fulcro no que dispõe o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johansom di Salvo

Desembargador Federal

00052 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024385-11.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.024385-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : VICENTE PEIXOTO VILELA
ADVOGADO : NIVEA MARTINS DOS SANTOS e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ZORA YONARA M DOS SANTOS CARVALHO PALAZZIN e outro
No. ORIG. : 00243851120094036100 3 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Vicente Peixoto Vilela em face da Caixa Econômica Federal objetivando a aplicação dos índices reconhecidos pela Súmula nº 252 do STJ sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS (fls. 02/26). O MM. Juiz 'a quo' julgou extinto o feito, sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação ao índice de junho/87, bem como julgou parcialmente procedente os demais pedidos apenas para reconhecer os índices de janeiro/89 e abril/90, acrescidos de juros de mora à taxa de 1% ao mês e de correção monetária. Sem condenação em verba honorária em razão do disposto no artigo 29-C da Lei nº 8.036/90 (fls. 127/131). A parte autora interpôs recurso de apelação pleiteando a reforma do julgado para que seja reconhecido o seu direito à aplicação da taxa progressiva de juros e dos índices de 18,02% (junho/87), 5,38% (maio/90) e 7% (fevereiro/91). Sustenta o apelante que a r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido relativo aos juros progressivos por não entender que a obrigação em questão é de trato sucessivo, ou seja, o termo inicial da contagem do prazo prescricional se renova a cada mês. Por fim requereu a incidência de juros de mora à taxa de 1% ao mês, contados da citação (fls. 135/159).

Deu-se oportunidade para resposta.

DECIDO.

Inicialmente, conheço de parte da apelação interposta em decorrência de prescindir a apelante de interesse recursal quanto a alguns aspectos de suas razões de impugnação, quer porque o MM. Juiz *a quo*, ao se manifestar relativamente aos juros de mora, o fez nos exatos termos do inconformismo da recorrente, quer porque quanto à insurgência da apelante relativamente à taxa progressiva de juros, não houve manifestação judicial em virtude dessas questões não haverem sido requeridas pela parte autora por ocasião do ajuizamento dessa ação.

Muito embora o pedido inicial seja obscuro no tocante à aplicabilidade dos juros progressivos, observo que a matéria não foi tratada na exposição dos fatos e da fundamentação da petição inicial como determina o artigo 282 do Código de Processo Civil.

Assim, a incidência da progressividade dos juros não deve ser apreciada.

No tocante à aplicação dos índices relativos a junho de 1987, maio de 1990 e fevereiro de 1991, conforme reconhecidos pela Súmula nº 252 do Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.855-7, verifico que não há como prejudicar a parte autora ao argumento de que esses índices já lhe foram pagos. Podem ter sido ou não, mas o que realmente importa é que não há elementos para se afirmar que o pleito do autor foi atendido enquanto a ação tramitava. Pelo exposto, o recurso merece acolhimento quanto a esse aspecto.

Com efeito, como a matéria (recomposição de saldo do FGTS) posta a deslinde já se encontra assentada em julgados oriundos de nossos tribunais superiores, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil. Pelo exposto, não conheço de parte da apelação interposta e da parte que conheço, dou-lhe provimento, o que faço com fulcro no que dispõe o art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Johansom di Salvo

Desembargador Federal

00053 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008332-04.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.008332-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : ASSOCIACAO ITAQUERENSE DE ENSINO UNICASTELO
ADVOGADO : LUIZ ALBERTO LAZINHO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pela União e pela autora de sentença que, em ação que discute contribuições previdenciárias, homologou o pedido de desistência, julgou a ação extinta sem análise do mérito, nos termos dos arts. 267, VIII e 158, Parágrafo Único, do CPC e condenou a autora em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

A União apelou, aduzindo que a adesão ao REFIS, nos termos da Lei nº 9.964/2000, implica renúncia ao direito em que se funda a ação, pleiteando que a mesma seja extinta com análise do mérito, nos termos do artigo 269, V, do CPC.

A autora recorreu, protestando contra a condenação em verba honorária advocatícia.

Decido.

Nos termos da Lei nº 9.964/2000, a desistência da ação era condicionada à renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.

O artigo 2º caput e §6º. da lei 9.964/2000, dispõe:

"Art. 2º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

§ 6º Na hipótese de crédito com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, a inclusão, no Refis, dos respectivos débitos, implicará dispensa dos juros de mora incidentes até a data de opção, condicionada ao encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação."

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA. ADESÃO AO REFIS. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS COM JULGAMENTO DE MÉRITO. LEI N.º 9.964/2000.

1. A opção pelo REFIS, com a conseqüente confissão do débito, implica renúncia ao direito em que se funda a ação, devendo o processo ser extinto com base no artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil.

2. Apelação provida.

(TRF-3ª Reg., 2ª T., vu. AC 840686, Processo: 199961820125360 UF: SP. J. 09/01/2007, DJU 11/04/2008, p. 916. Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - REFIS - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. A adesão ao REFIS depende de confissão irrevogável e irretroatável dos débitos fiscais, mediante renúncia dos direitos sobre os quais se funda a ação pendente, o que induz à extinção do feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, V do CPC.

2. Recurso especial provido.

(STJ - 2ª T. vu. RESP 718712, Proc. 200500100501/RS. J. 07/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 252. Rel. Min. ELIANA CALMON).

Assim, com razão a União.

No que pertine à condenação em honorários advocatícios, o STJ pacificou entendimento pela possibilidade de condenação em honorários advocatícios nos casos de desistência por adesão ao REFIS.

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MP 1.858-9/99. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A fruição do favor fiscal estabelecido no artigo 11 da MP 1.858-9/99 implica na desistência dos processos ajuizados e na condenação nos ônus da sucumbência, consoante se extrai da sua redação, a saber: "Estende-se o benefício da

dispensa de acréscimos legais, de que trata o art. 17 da Lei n. 9.779, de 1999, com a redação dada pelo art. 10, aos pagamentos realizados até o último dia útil do mês de setembro de 1999, em quota única, de débitos de qualquer natureza, junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, desde que até o dia 31 de dezembro de 1998 o contribuinte tenha ajuizado qualquer processo judicial onde o pedido abrangia a exoneração do débito, ainda que parcialmente e sob qualquer fundamento".

2. O art. 17 da Lei 9.779/99, por seu turno, dispõe, verbis: "Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal."

3. Desta sorte, concluiu com acerto o juiz a quo que (fls. 86): "A opção ao benefício da MP n.º 1.858-9/99 não é obrigatória, mas, em havendo, ocorre (a) a confissão irretroatável da dívida, (b) a aceitação plena e irretroatável de todas as condições estabelecidas para o seu ingresso e permanência no Programa, (c) a impossibilidade de impor condições para se beneficiar do favor legal, ou continuar discutindo a matéria em juízo, (c) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a possibilidade de parcelá-lo administrativamente, (d) a obrigatoriedade de desistir da ação e renunciar ao direito a que ela se funda no primeiro caso, e, no segundo caso, a compulsoriedade da parte interessada no benefício (isenção de multa e juros de mora) em pedir conversão em renda dos valores depositados em juízo, o que equivale ao pedido de desistência e renúncia, na medida em que culmina com o cancelamento administrativo da dívida e perda do objeto da demanda por ação voluntária da própria parte e (e) a possibilidade de extinguir o débito tributário, caso o recolhimento do valor exigido seja total, como no caso dos autos. Embora esta Colenda Turma já esposasse tese no sentido de que incabe verba honorária em opções de parcelamento (REFIS), tal entendimento foi modificado para prestigiar decisão da E. Primeira Seção que entendeu devida a verba nos casos de opção ao REFIS por força do art. 26 do CPC. (REsp 806.479/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 16.11.2006 p. 226).

"PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DE AÇÃO PARA ADESÃO AO REFIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO OU NÃO: DEFINIÇÃO PELOS PRECEITOS NORMATIVOS PRÓPRIOS. DESISTÊNCIA DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA: CABIMENTO DE HONORÁRIOS, NA FORMA DO ART. 5º, § 3º, DA LEI 10.189/01. Nenhum dos dispositivos da legislação sobre o REFIS - ou seja, o § 3º, do art. 13, da Lei 9.964, de 2000 e o § 3º, do art. 5º, da Lei 10.189, de 2001 - estabelece nova hipótese de cabimento de verba honorária, nem modifica as regras a respeito previstas no CPC ou em legislação extravagante. Da conjugação de ambos resulta, simplesmente, a norma segundo a qual a verba honorária, que for devida em decorrência da desistência de ação judicial para adesão ao REFIS, também poderá, como os demais encargos, ser incluída em parcelamento, caso em que seu valor máximo será de 1% do débito consolidado.

2. Portanto, não é a legislação do REFIS, e sim a legislação própria do CPC ou outra lei extravagante, a que define se é devida ou não a verba honorária no caso de desistência. 3. Ora, em se tratando de desistência de ação cautelar, é devida a condenação do desistente em honorários, no valor de 1% sobre o valor do débito consolidado, a teor do art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/01, que prevalece sobre a norma geral do art. 26 do CPC - valor este que deve obedecer, no caso, ao limite superior de 5% do valor da causa, por força do princípio da vedação da reformatio in pejus.

4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 567.883/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 17.11.2003 p. 229)".

Quanto ao percentual arbitrado, o art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000, assim dispõe:

"Art. 13. Os débitos não tributários inscritos em dívida ativa, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, iguais e sucessivas, perante a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observadas as demais regras aplicáveis ao parcelamento de que trata o art. 12.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à verba de sucumbência devida por desistência de ação judicial para fins de inclusão dos respectivos débitos, inclusive no âmbito do INSS, no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 2º.

Por sua vez, o art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/01, determina o seguinte o montante a ser fixado como verba honorária:

§ 3º - Na hipótese do § 3º do art. 13 da Lei n.º 9.964, de 2000, o valor da verba de sucumbência será de até um por cento do valor do débito consolidado, incluído no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 12 da referida Lei, decorrente da desistência da respectiva ação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu a questão:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ADESÃO AO REFIS - DESISTÊNCIA DAS AÇÕES JUDICIAIS - VERBA DE SUCUMBÊNCIA: LEIS 9.964/2000 E 10.189/2001 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Pacificação de entendimento em torno da condenação em honorários advocatícios na desistência das ações judiciais para adesão ao REFIS, a partir do julgamento do EREsp 475.820/PR, em que a Primeira Seção concluiu:

a) o art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000 apenas dispôs que a verba honorária devida poderia ser objeto de parcelamento, como as demais parcelas do débito tributário;
b) quando devida a verba honorária, seu valor não poderá ultrapassar o montante do débito consolidado;
c) deve-se analisar caso a caso, distinguindo-se as seguintes hipóteses, quando formulado pedido de desistência: - em se tratando de mandado de segurança, descabe a condenação, por não serem devidos honorários (Súmulas 512/STF e 105/STJ); - em se tratando de embargos à execução fiscal de créditos da Fazenda Nacional, descabe a condenação porque já incluído no débito consolidado o encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-lei 1.025/69, nele compreendidos honorários advocatícios; - em ação desconstitutiva, declaratória negativa ou em embargos à execução em que não se aplica o DL 1.025/69, a verba honorária deverá ser fixada nos termos do art. 26, caput, do CPC, mas não poderá exceder o limite de 1% (um por cento) do débito consolidado, por expressa disposição do art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/2001.

2. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, improvido."

(STJ, RESP 736946, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 27/06/2005 - PG 355)

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, dou provimento à apelação da União, para extinguir o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, V, do CPC e parcial provimento ao recurso da autora, para reduzir a verba honorária advocatícia a 1% do valor da causa.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00054 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002282-41.1999.4.03.6106/SP

1999.61.06.002282-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : SUPERMERCADOS GOLFINHO LTDA
ADVOGADO : ANA LUCIA DIAS DOS SANTOS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO

Vistos.

Fl. 212: Intime-se, pessoalmente, a parte autora para que constitua novo advogado, com prazo de 10 (dez dias), conforme artigo 45 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00055 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0012294-11.1994.4.03.6100/SP

96.03.093815-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : POA BENEFICIAMENTO DE FIOS TEXTEIS LTDA
ADVOGADO : JOSE CARACIOLO M A KUHLMANN e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 94.00.12294-2 12 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela União em face de sentença que, em Mandado de Segurança, julgou procedente o pedido inicial que objetiva provimento jurisdicional para afastar a correção monetária, permitindo à impetrante que pague as contribuições previdenciárias apenas com o principal acrescido dos juros de mora.

A União apelou, aduzindo que a correção monetária decorre de lei.

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual empreende-se a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IPI. DESCONTOS INCONDICIONAIS. BASE DE CÁLCULO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. 1. Ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, incumbe velar pela uniformização da aplicação da legislação federal infraconstitucional, pelo que não se conhece de tal apelo extremo quando os argumentos trazidos para a reforma do julgado do Tribunal a quo são de índole puramente constitucional, haja vista que se inclui na competência do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, inciso III, da Carta Magna. 2. A incidência do IPI sobre os descontos incondicionais, que não integram o preço final, deve ser afastada, porquanto a base de cálculo do imposto é o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria. Por isso que, tendo ocorrido incidência indevida da exação, os valores a serem restituídos deverão ser corrigidos monetariamente. (REsp 510.551/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 25/04/2007; REsp 554.490/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ 17/08/2006; REsp 477525/GO, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 23/06/2003). 3. "Não há que se confundir compensação e restituição com creditamento. "A compensação e a restituição em nada se assemelham ao creditamento de tributos. Naquelas, há, efetivamente, um recolhimento, que posteriormente vem a ser repetido pelo contribuinte. No creditamento, não há repetição, porque nada foi pago, ainda que indevidamente. É o que acontece, verbia gratia, na hipótese de incidência do IPI sobre insumos e sobre matéria-prima isenta, não tributada ou sujeita à alíquota zero. Nesses casos, a jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que não há incidência do art. 166 do CTN, por não tratar esse aproveitamento de repetição de indébito, porque não há recolhimento pretérito do tributo que se pretende creditar." (REsp 435575 / SP, Rel. Min.ª Eliana Calmon. DJU 04.04.2005) 4. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual empreende-se a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ - AGRESP - 1128164 - PRIMEIRA TURMA - MINISTRO LUIZ FUX - DJE DATA:03/08/2010)

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso da União.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00056 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0714176-41.1997.4.03.6106/SP

1999.03.99.091325-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : SO NATA IND/ E COM/ DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
ADVOGADO : MAURO HENRIQUE ALVES PEREIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 97.07.14176-0 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre seus débitos parcelados na via administrativa, bem como os juros superiores a 1% ao mês.

A apelante sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios que ultrapassem o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (*in* Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTADO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, há lei (Lei 9.065/95) fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas públicas.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto

probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório do autos, medida inexequível na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010)
TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes:

AGA n.º 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEResp n.º 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

TAXA DE JUROS DE 12% AO ANO (ARTIGO 192, §3º DA CR/88)

Face a Súmula Vinculante nº 07, do STF, não merece maiores digressões:

A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGOU SEGUIMENTO ao apelo da autora.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00057 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0043137-80.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.043137-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CONSTRUTORA DANIEL HORNOS LTDA
ADVOGADO : FERNANDO CARDOSO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela União de sentença que, em ação que discute contribuições previdenciárias, homologou o pedido de renúncia ao direito em que se funda a ação, julgou a ação extinta sem análise do mérito, nos termos dos arts. 267, VIII do CPC e condenou a autora em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

A União apelou, aduzindo que a adesão ao REFIS, nos termos da Lei nº 9.964/2000, implica renúncia ao direito em que se funda a ação, pleiteando que a mesma seja extinta com análise do mérito, nos termos do artigo 269, V, do CPC, bem como pediu a majoração da condenação na verba honorária advocatícia.

Decido.

Nos termos da Lei nº 9.964/2000, a desistência da ação era condicionada à renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação.

O artigo 2º caput e §6º. da lei 9.964/2000, dispõe:

"Art. 2o O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1o.

§ 6o Na hipótese de crédito com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966, a inclusão, no Refis, dos respectivos débitos, implicará dispensa dos juros de mora incidentes até a data de opção, condicionada ao encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação."

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA. ADESÃO AO REFIS. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS COM JULGAMENTO DE MÉRITO. LEI N.º 9.964/2000.

1. A opção pelo REFIS, com a conseqüente confissão do débito, implica renúncia ao direito em que se funda a ação, devendo o processo ser extinto com base no artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil.

2. Apelação provida.

(TRF-3ª Reg., 2ª T., vu. AC 840686, Processo: 199961820125360 UF: SP. J. 09/01/2007, DJU 11/04/2008, p. 916. Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - REFIS - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. A adesão ao REFIS depende de confissão irrevogável e irretratável dos débitos fiscais, mediante renúncia dos direitos sobre os quais se funda a ação pendente, o que induz à extinção do feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, V do CPC.

2. Recurso especial provido.

(STJ - 2ª T. vu. RESP 718712, Proc. 200500100501/RS. J. 07/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 252. Rel. Min. ELIANA CALMON).

Assim, com razão a União.

No que pertine à condenação em honorários advocatícios, o STJ pacificou entendimento pela possibilidade de condenação em honorários advocatícios nos casos de desistência por adesão ao REFIS.

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MP 1.858-9/99. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A fruição do favor fiscal estabelecido no artigo 11 da MP 1.858-9/99 implica na desistência dos processos ajuizados e na condenação nos ônus da sucumbência, consoante se extrai da sua redação, a saber: "Estende-se o benefício da dispensa de acréscimos legais, de que trata o art. 17 da Lei n. 9.779, de 1999, com a redação dada pelo art. 10, aos pagamentos realizados até o último dia útil do mês de setembro de 1999, em quota única, de débitos de qualquer natureza, junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, desde que até o dia 31 de dezembro de 1998 o contribuinte tenha ajuizado qualquer processo judicial onde o pedido abrangia a exoneração do débito, ainda que parcialmente e sob qualquer fundamento".

2. O art. 17 da Lei 9.779/99, por seu turno, dispõe, verbis: "Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal."

3. Desta sorte, concluiu com acerto o juiz a quo que (fls. 86): "A opção ao benefício da MP n.º 1.858-9/99 não é obrigatória, mas, em havendo, ocorre (a) a confissão irretratável da dívida, (b) a aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas para o seu ingresso e permanência no Programa, (c) a impossibilidade de impor condições para se beneficiar do favor legal, ou continuar discutindo a matéria em juízo, (c) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a possibilidade de parcelá-lo administrativamente, (d) a obrigatoriedade de desistir da ação e renunciar ao direito a que ela se funda no primeiro caso, e, no segundo caso, a compulsoriedade da parte interessada no benefício (isenção de multa e juros de mora) em pedir conversão em renda dos valores depositados em juízo, o que equívale ao pedido de desistência e renúncia, na medida em que culmina com o cancelamento administrativo da dívida e perda do objeto da demanda por ação voluntária da própria parte e (e) a possibilidade de extinguir o débito tributário, caso o recolhimento do valor exigido seja total, como no caso dos autos. Embora esta Colenda Turma já esposasse tese no sentido de que incabe verba honorária em opções de parcelamento (REFIS), tal entendimento foi modificado para prestigiar decisão da E. Primeira Seção que entendeu devida a verba nos casos de opção ao REFIS por força do art. 26 do CPC.

(REsp 806.479/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 16.11.2006 p. 226).

"PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DE AÇÃO PARA ADESAO AO REFIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO OU NÃO: DEFINIÇÃO PELOS PRECEITOS NORMATIVOS PRÓPRIOS. DESISTÊNCIA DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA: CABIMENTO DE HONORÁRIOS, NA FORMA DO ART. 5º, § 3º, DA LEI 10.189/01.

Nenhum dos dispositivos da legislação sobre o REFIS - ou seja, o § 3º, do art. 13, da Lei 9.964, de 2000 e o § 3º, do art. 5º, da Lei 10.189, de 2001 - estabelece nova hipótese de cabimento de verba honorária, nem modifica as regras a respeito previstas no CPC ou em legislação extravagante. Da conjugação de ambos resulta, simplesmente, a norma segundo a qual a verba honorária, que for devida em decorrência da desistência de ação judicial para adesão ao REFIS, também poderá, como os demais encargos, ser incluída em parcelamento, caso em que seu valor máximo será de 1% do débito consolidado.

2. Portanto, não é a legislação do REFIS, e sim a legislação própria do CPC ou outra lei extravagante, a que define se é devida ou não a verba honorária no caso de desistência. 3. Ora, em se tratando de desistência de ação cautelar, é devida a condenação do desistente em honorários, no valor de 1% sobre o valor do débito consolidado, a teor do art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/01, que prevalece sobre a norma geral do art. 26 do CPC - valor este que deve obedecer, no caso, ao limite superior de 5% do valor da causa, por força do princípio da vedação da reformatio in pejus.

4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 567.883/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 17.11.2003 p. 229)".

Quanto ao percentual arbitrado, o art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000, assim dispõe:

"Art. 13. Os débitos não tributários inscritos em dívida ativa, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, poderão ser parcelados em até sessenta parcelas mensais, iguais e sucessivas, perante a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observadas as demais regras aplicáveis ao parcelamento de que trata o art. 12.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à verba de sucumbência devida por desistência de ação judicial para fins de inclusão dos respectivos débitos, inclusive no âmbito do INSS, no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 2º.

Por sua vez, o art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/01, determina o seguinte o montante a ser fixado como verba honorária:

§ 3º - Na hipótese do § 3º do art. 13 da Lei no 9.964, de 2000, o valor da verba de sucumbência será de até um por cento do valor do débito consolidado, incluído no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 12 da referida Lei, decorrente da desistência da respectiva ação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu a questão:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ADESÃO AO REFIS - DESISTÊNCIA DAS AÇÕES JUDICIAIS - VERBA DE SUCUMBÊNCIA: LEIS 9.964/2000 E 10.189/2001 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Pacificação de entendimento em torno da condenação em honorários advocatícios na desistência das ações judiciais para adesão ao REFIS, a partir do julgamento do EREsp 475.820/PR, em que a Primeira Seção concluiu:

a) o art. 13, § 3º, da Lei 9.964/2000 apenas dispôs que a verba honorária devida poderia ser objeto de parcelamento, como as demais parcelas do débito tributário;

b) quando devida a verba honorária, seu valor não poderá ultrapassar o montante do débito consolidado;

c) deve-se analisar caso a caso, distinguindo-se as seguintes hipóteses, quando formulado pedido de desistência: - em se tratando de mandado de segurança, descabe a condenação, por não serem devidos honorários (Súmulas 512/STF e 105/STJ); - em se tratando de embargos à execução fiscal de créditos da Fazenda Nacional, descabe a condenação porque já incluído no débito consolidado o encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-lei 1.025/69, nele compreendidos honorários advocatícios; - em ação desconstitutiva, declaratória negativa ou em embargos à execução em que não se aplica o DL 1.025/69, a verba honorária deverá ser fixada nos termos do art. 26, caput, do CPC, mas não poderá exceder o limite de 1% (um por cento) do débito consolidado, por expressa disposição do art. 5º, § 3º, da Lei 10.189/2001.

2. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, improvido."

(STJ, RESP 736946, Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 27/06/2005 - PG 355)

Contudo, no caso em tela, a autora se conformou com a condenação em honorários advocatícios em 10% do valor da causa, de modo que não é possível reduzi-la. Em consequência, improcedente o pleito da União quanto a esta parte. Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, dou parcial provimento à apelação da União, para extinguir o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, V, do CPC.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00058 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001973-81.1998.4.03.6000/MS

2004.03.99.022397-0/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : VILELA E GUEDES LTDA
ADVOGADO : ELIAS PEREIRA DE SOUZA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.00.01973-1 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela União em face de sentença que, em Ação Ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória e a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade.

A sentença afastou a incidência da taxa selic relativamente ao período anterior a 01/01/1995.

A União recorreu, afirmando a legalidade da taxa selic e que a sua exclusão para calcular a atualização do período anterior a 01/01/1995 é ilegal e trará, inclusive, prejuízo para a autora.

Decido.

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, **há lei (Lei 9.065/95)** fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório do autos, medida inexecutável na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010)
TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes: AGA n.º 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEREsp n.º 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso da União.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00059 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011958-60.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.011958-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : CIVILCORP ENGENHARIA CONSTRUCAO E INCORPORACAO LTDA
ADVOGADO : NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre seus débitos parcelados na via administrativa. Honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração

de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante.
P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00060 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017968-57.2000.4.03.6100/SP

2000.61.00.017968-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : TIGRE DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA
ADVOGADO : ROGERIO ROMA
: DANIEL FERREIRA FRANÇA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou o processo extinto, sem análise do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC. A autora pleiteou na inicial, formulada em Ação Ordinária, provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória, a aplicação da TR e a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa, bem como pleiteia que o parcelamento dos débitos em 240 meses, nos termos das Leis nºs 8.620/93 e 9.639/98, a Ufir e os juros constitucionais de 12% ao ano.

A sentença foi fundamentada na premissa de que a autora não cumpriu o artigo 283 do CPC, pois não trouxe documentos indispensáveis à propositura da ação, ou seja, na hipótese, não acostou provas relativas ao débito fiscal ou ao parcelamento que alega ter. Honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

A apelante sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade, bem como aduz que não lhe foi concedida oportunidade para sanar a irregularidade.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente.

Caberia à autora, nos termos do artigo 333 do CPC, I, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Ademais, ainda que trouxesse aos autos as provas que deveria ter juntado com a inicial, não mereceria melhor sorte na demanda.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Sumula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

TR

Não se deve olvidar que a T.R. foi criada em fevereiro de 1991 (Lei 8.177/91) e, no que tange às dívidas fiscais, tem como marco final dezembro de 1991, uma vez que, a partir de janeiro de 1992 (inclusive) os débitos passaram a ser atualizados monetariamente segundo a variação da UFIR (Lei 8.383/91).

Haveria cobrança de T.R. caso o débito remontasse a competência anterior a dezembro de 1991. Logo, inútil qualquer discussão sobre a T.R., pois - reitere-se - na espécie, não se exige juros iguais à T.R.

As cortes superiores já pacificaram o entendimento de que é lícita a incidência da Taxa Referencial sobre os créditos tributários:

EMENTA: PRETENSÃO CONSISTENTE EM AFASTAR A INCIDÊNCIA DE ENCARGOS, COM BASE NA TAXA REFERENCIAL DIÁRIA -- TRD, SOBRE DÉBITO RELATIVO A PARCELAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 30 DA LEI Nº 8.218, DE 29.08.91, QUE ALTEROU O ART. 9º DA LEI Nº 8.177, DE 1º.03.91. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. JUROS. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É de repelir-se a alegação de falta de previsão para a cobrança de encargos no período de fevereiro a julho de 1991, porque os tributos federais permaneceram desindexados por força da Medida Provisória nº 294, convertida na Lei nº 8.177/91, e só veio a ser permitida a cobrança de juros de mora equivalentes à TRD pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91, convertida na Lei nº 8.218/91.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI 835, em que se questionava a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.91, que alterou o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, entendeu que a Medida Provisória nº 294, que resultou na Lei nº 8.177, de 1º.03.91, já previa a incidência, a partir de fevereiro de 1991, da TRD sobre impostos, multas e demais obrigações fiscais e parafiscais.

Questão que, ademais, não prescinde de exame no campo infraconstitucional.

Quanto à cobrança de juros acima do patamar constitucional de 12%, a decisão recorrida está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que proclama que a referida regra necessita de integração legislativa para sua concretização.

Recurso não conhecido.

(STF, RE 218290/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 28-04-2000 PP-00096 EMENT VOL-01988-05 PP-01038).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO-DEMONSTRADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DA TRD. LEIS N. 8.177/91 (ART. 9º) E 8.218/91 (ART. 30). DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

2. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.

3. O STJ pacificou o entendimento de que, a teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.218/91, é legítima a utilização da TRD como juros de mora, a partir do mês de fevereiro de 1991, por não infringir os princípios constitucionais da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido
4. Incide a contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário por constituir esta parcela de natureza salarial.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.
- (STJ, Segunda Turma, RESP 222064/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ DATA:16/05/2005 PG:00279).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, há lei (Lei 9.065/95) fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%. Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública. E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório do autos, medida inexequível na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010)
TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes: AGA n.º 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEREsp n.º 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp n.º 497.908/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp n.º 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

PARCELAMENTO EM 240 MESES

Não há previsão legal para o parcelamento em 240 meses, pois as Leis 8.620/93 e 9.639/98 aplicam-se apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista, não havendo qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 150, II, e 173, § 2º da CF):

TRIBUTARIO: AO DECLARATÓRIA. EMPRESA PRIVADA. LEI 8620/93, ART. 9 E 10. PARCELAMENTO DE DBITO PREVIDENCIARIO EM 240 VEZES. FALTA DE PREVISAO LEGAL. IMPROCEDNCIA DO PEDIDO. SENTENA MANTIDA. I - O parcelamento de débito previdenciário em 240 vezes decorre de lei, cujo benefício destinado as pessoas jurídicas de direito público interno (Estado, Município e Distrito Federal), mas extensivo as sociedades de economia mista dependendo de lei autorizadora estadual, distrital ou municipal (MP 2060-3, art. 6 e 2187-13, art. 7). II - No caso, existe motivo legal para negar o pedido de parcelamento, porque o contribuinte não sociedade de economia mista ou empresa pública, sendo empresa de natureza totalmente privada, portanto não contemplada com o benefício da amortizado em 240 vezes pela norma legal (Lei 8620/93, art. 10), inexistindo afronta ao princípio constitucional da isonomia (cf. art. 150, II) III - De outro giro, a autora alega a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa, juros, SELIC, SAT, salrio-educacao, SEBRAE e INCRA, o que no parece verossímil e nem plausível, visto que tais encargos e contribuições so exigveis ex vi legis. IV - Recurso da autora improvido. (TRF da 3ª Região, AC 2001.61.00.010969-6, Segunda Turma, rel. Des. Fed. Cecília Mello, DJU 02/06/2006, p. 404)''.

TAXA DE JUROS DE 12% AO ANO (ARTIGO 192, §3º DA CR/88)

Face a Súmula Vinculante n.º 07, do STF, não merece maiores digressões:

A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n.º 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGOU SEGUIMENTO ao apelo da impetrante. P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00061 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031275-44.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.031275-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : SOCIEDADE PORTUGUESA DE BENEFICIENCIA DE SAO CAETANO DO SUL
ADVOGADO : SVETLANA JIRNOV RIBEIRO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória, a aplicação da TR e a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa, bem como pleiteia que o parcelamento dos débitos em 240 meses, nos termos das Leis n.ºs 8.620/93 e 9.639/98.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança n.º 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às consequências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp N.º 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

TR

Não se deve olvidar que a T.R. foi criada em fevereiro de 1991 (Lei 8.177/91) e, no que tange às dívidas fiscais, tem como marco final dezembro de 1991, uma vez que, a partir de janeiro de 1992 (inclusive) os débitos passaram a ser atualizados monetariamente segundo a variação da UFIR (Lei 8.383/91).

Haveria cobrança de T.R. caso o débito remontasse a competência anterior a dezembro de 1991. Logo, inútil qualquer discussão sobre a T.R., pois - reitere-se - na espécie, não se exige juros iguais à T.R.

As cortes superiores já pacificaram o entendimento de que é lícita a incidência da Taxa Referencial sobre os créditos tributários:

EMENTA: PRETENSÃO CONSISTENTE EM AFASTAR A INCIDÊNCIA DE ENCARGOS, COM BASE NA TAXA REFERENCIAL DIÁRIA -- TRD, SOBRE DÉBITO RELATIVO A PARCELAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. ART.

30 DA LEI Nº 8.218, DE 29.08.91, QUE ALTEROU O ART. 9º DA LEI Nº 8.177, DE 1º.03.91. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. JUROS. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É de repelir-se a alegação de falta de previsão para a cobrança de encargos no período de fevereiro a julho de 1991, porque os tributos federais permaneceram desindexados por força da Medida Provisória nº 294, convertida na Lei nº 8.177/91, e só veio a ser permitida a cobrança de juros de mora equivalentes à TRD pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91, convertida na Lei nº 8.218/91.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI 835, em que se questionava a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.91, que alterou o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, entendeu que a Medida Provisória nº 294, que resultou na Lei nº 8.177, de 1º.03.91, já previa a incidência, a partir de fevereiro de 1991, da TRD sobre impostos, multas e demais obrigações fiscais e parafiscais.

Questão que, ademais, não prescinde de exame no campo infraconstitucional.

Quanto à cobrança de juros acima do patamar constitucional de 12%, a decisão recorrida está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que proclama que a referida regra necessita de integração legislativa para sua concretização.

Recurso não conhecido.

(STF, RE 218290/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 28-04-2000 PP-00096 EMENT VOL-01988-05 PP-01038). PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO-DEMONSTRADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DA TRD. LEIS N. 8.177/91 (ART. 9º) E 8.218/91 (ART. 30). DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

2. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.

3. O STJ pacificou o entendimento de que, a teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.218/91, é legítima a utilização da TRD como juros de mora, a partir do mês de fevereiro de 1991, por não infringir os princípios constitucionais da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

4. Incide a contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário por constituir este parcela de natureza salarial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(STJ, Segunda Turma, RESP 222064/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ DATA:16/05/2005 PG:00279).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, há lei (Lei 9.065/95) fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, medida inexequível na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010) TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes:

AGA nº 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp nº 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEResp nº 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

PARCELAMENTO EM 240 MESES

Não há previsão legal para o parcelamento em 240 meses, pois as Leis 8.620/93 e 9.639/98 aplicam-se apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista, não havendo qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 150, II, e 173, § 2º da CF):

TRIBUTARIO: AO DECLARATÓRIA. EMPRESA PRIVADA. LEI 8620/93, ART. 9 E 10. PARCELAMENTO DE DBITO PREVIDENCIARIO EM 240 VEZES. FALTA DE PREVISAO LEGAL. IMPROCEDNCIA DO PEDIDO. SENTENA MANTIDA. I - O parcelamento de débito previdenciário em 240 vezes decorre de lei, cujo benefício destinado as pessoas jurídicas de direito público interno (Estado, Município e Distrito Federal), mas extensivo as sociedades de economia mista dependendo de lei autorizadora estadual, distrital ou municipal (MP 2060-3, art. 6 e 2187-13, art. 7).

II - No caso, existe motivo legal para negar o pedido de parcelamento, porque o contribuinte não sociedade de economia mista ou empresa pública, sendo empresa de natureza totalmente privada, portanto não contemplada com o benefício da amortizado em 240 vezes pela norma legal (Lei 8620/93, art. 10), inexistindo afronta ao princípio constitucional da isonomia (cf. art. 150, II) III - De outro giro, a autora alega a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa, juros, SELIC, SAT, salario-educacao, SEBRAE e INCRA, o que no parece verossímil e nem plausível, visto que tais encargos e contribuições so exigíveis ex vi legis. IV - Recurso da autora improvido.

(TRF da 3ª Região, AC 2001.61.00.010969-6, Segunda Turma, rel. Des. Fed. Cecília Mello, DJU 02/06/2006, p. 404)''.

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGOU SEGUIMENTO ao apelo da impetrante.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00062 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031296-20.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.031296-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : SOCIEDADE PORTUGUESA DE BENEFICIENCIA DE SAO CAETANO DO SUL
ADVOGADO : SVETLANA JIRNOV RIBEIRO e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que proferida em ação de consignação em pagamento dos valores discutidos em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória, a aplicação da TR e a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa, bem como pleiteia que o parcelamento dos débitos em 240 meses, nos termos das Leis nºs Leis 8.620/93 e 9.639/98. A sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito, em face da perda do interesse processual, ante a improcedência do pedido inicial da Ação Ordinária e determinou o levantamento ou conversão em renda, se assim requerer o autor, após o trânsito em julgado.

A apelante apela, sustentando ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade e que a improcedência no processo principal não autorizaria a extinção da ação de consignação em pagamento.

A União apelou, pleiteando a condenação em honorários advocatícios, bem como a conversão em renda dos valores depositados.

Decido.

O recurso da autora é manifestamente improcedente, por vários ângulos.

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

O manejo de ação de consignação em pagamento para liberação de dívida fiscal não está previsto no art. 164 do Código Tributário Nacional:

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

Nesse sentido a decisão monocrática terminativa na AC 2001.61.00.010704-3 - Relator: Des. Fed. Henrique Herkenhoff - 23/01/2009

Ainda que se admitisse o conhecimento da presente como ação cautelar de depósito, saliento que procedimento cautelar inexistente sem a propositura do processo principal no atual sistema processual civil, onde a cautela satisfativa deu lugar ao instituto da tutela antecipada. Assim, ela é instrumento de garantia do bem jurídico a ser pleiteado na ação de conhecimento, com o objetivo de assegurar o resultado útil.

Assim, decidida a causa originária, desaparece o vínculo de instrumentalidade e, em decorrência, ocorre a perda de objeto e falta de interesse de agir superveniente, nos termos do artigo 267, VI do CPC.

Não bastasse, isso, quanto à matéria de fundo, a apelante não merece outra sorte.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

TR

Não se deve olvidar que a T.R. foi criada em fevereiro de 1991 (Lei 8.177/91) e, no que tange às dívidas fiscais, tem como marco final dezembro de 1991, uma vez que, a partir de janeiro de 1992 (inclusive) os débitos passaram a ser atualizados monetariamente segundo a variação da UFIR (Lei 8.383/91).

Haveria cobrança de T.R. caso o débito remontasse a competência anterior a dezembro de 1991. Logo, inútil qualquer discussão sobre a T.R., pois - reitere-se - na espécie, não se exige juros iguais à T.R.

As cortes superiores já pacificaram o entendimento de que é lícita a incidência da Taxa Referencial sobre os créditos tributários:

EMENTA: PRETENSÃO CONSISTENTE EM AFASTAR A INCIDÊNCIA DE ENCARGOS, COM BASE NA TAXA REFERENCIAL DIÁRIA -- TRD, SOBRE DÉBITO RELATIVO A PARCELAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 30 DA LEI Nº 8.218, DE 29.08.91, QUE ALTEROU O ART. 9º DA LEI Nº 8.177, DE 1º.03.91. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. JUROS. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É de repelir-se a alegação de falta de previsão para a cobrança de encargos no período de fevereiro a julho de 1991, porque os tributos federais permaneceram desindexados por força da Medida Provisória nº 294, convertida na Lei nº 8.177/91, e só veio a ser permitida a cobrança de juros de mora equivalentes à TRD pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91, convertida na Lei nº 8.218/91.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI 835, em que se questionava a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.91, que alterou o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, entendeu que a Medida Provisória nº 294, que resultou na Lei nº 8.177, de 1º.03.91, já previa a incidência, a partir de fevereiro de 1991, da TRD sobre impostos, multas e demais obrigações fiscais e parafiscais.

Questão que, ademais, não prescinde de exame no campo infraconstitucional.

Quanto à cobrança de juros acima do patamar constitucional de 12%, a decisão recorrida está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que proclama que a referida regra necessita de integração legislativa para sua concretização.

Recurso não conhecido.

(STF, RE 218290/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 28-04-2000 PP-00096 EMENT VOL-01988-05 PP-01038).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO-DEMONSTRADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DA TRD. LEIS N. 8.177/91 (ART. 9º) E 8.218/91 (ART. 30). DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.
2. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.
3. O STJ pacificou o entendimento de que, a teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.218/91, é legítima a utilização da TRD como juros de mora, a partir do mês de fevereiro de 1991, por não infringir os princípios constitucionais da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido
4. Incide a contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário por constituir este parcela de natureza salarial.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(STJ, Segunda Turma, RESP 222064/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ DATA:16/05/2005 PG:00279).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, **há lei (Lei 9.065/95)** fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório do autos, medida inexecutável na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª

Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010) TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes:

AGA n.º 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEREsp n.º 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

PARCELAMENTO EM 240 MESES

Não há previsão legal para o parcelamento em 240 meses, pois as Leis 8.620/93 e 9.639/98 aplicam-se apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista, não havendo qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 150, II, e 173, § 2º da CF):

TRIBUTARIO: AO DECLARATÓRIA. EMPRESA PRIVADA. LEI 8620/93, ART. 9 E 10. PARCELAMENTO DE DBITO PREVIDENCIARIO EM 240 VEZES. FALTA DE PREVISAO LEGAL. IMPROCEDNCIA DO PEDIDO. SENTENA MANTIDA. I - O parcelamento de débito previdenciário em 240 vezes decorre de lei, cujo benefício destinado as pessoas jurídicas de direito público interno (Estado, Município e Distrito Federal), mas extensivo as sociedades de economia mista dependendo de lei autorizadora estadual, distrital ou municipal (MP 2060-3, art. 6 e 2187-13, art. 7).

II - No caso, existe motivo legal para negar o pedido de parcelamento, porque o contribuinte não sociedade de economia mista ou empresa pública, sendo empresa de natureza totalmente privada, portanto não contemplada com o benefício da amortizado em 240 vezes pela norma legal (Lei 8620/93, art. 10), inexistindo afronta ao princípio constitucional da isonomia (cf, art. 150, II) III - De outro giro, a autora alega a inconstitucionalidade e ilegalidade da multa, juros, SELIC, SAT, salrio-educacao, SEBRAE e INCRA, o que no parece verossímil e nem plausível, visto que tais encargos e contribuiues so exigveis ex vi legis. IV - Recurso da autora improvido.

(TRF da 3ª Região, AC 2001.61.00.010969-6, Segunda Turma, rel. Des. Fed. Cecília Mello, DJU 02/06/2006, p. 404)".

APELAÇÃO DA UNIÃO

CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Instaurada a lide e havendo sucumbência é devida a condenação em honorários advocatícios.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE CND. FATO SUPERVENIENTE. PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A SEREM PAGOS POR QUEM DEU CAUSA AO CHAMAMENTO À LIDE.

PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que proveu recurso especial. 2. O acórdão que, ante a perda do objeto, manteve sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em ação cautelar onde se requereu que a Administração Pública fosse compelida a expedir certidão negativa de débito, sem que houvesse condenação em honorários advocatícios. 3. Pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que, estabelecido o contraditório, desenvolvendo-se o processo, com a ocorrência de verdadeiro litígio e que uma das partes resulta sucumbente, em face de pretensão resistida que levou ao surgimento da lide, é devida a condenação em honorários advocatícios. 4. O art. 20 do CPC não distingue se a sucumbência é apenas relativa à pretensão cognitiva ou se à do processo executivo fiscal por título judicial. Os patronos das partes realizaram trabalho profissional e a eles não é dado o bel-prazer de laborarem de graça. 5. Litígio processual que se deveu a um ato que, de fato, consubstanciou-se na abertura do processo judicial pela parte autora. De tal ato participou a parte na relação processual, por meio da constituição de

advogado. 6. Tendo a parte autora ajuizado ação cautelar para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, reconhecendo-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mesmo tendo a parte ré (ora recorrida) contestado a ação apenas para afirmar que os débitos já haviam sido retificados, cabe-lhe o ressarcimento pelas custas processuais adiantadas e o pagamento da verba honorária, posto que teve de comparecer em Juízo e de suportar as despesas daí decorrentes. Assim, compete à parte recorrida arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários do patrono. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte. 7. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula nº 07/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie. 8. Agravo regimental não-provido. (STJ - AGRESP - 993261 - PRIMEIRA TURMA - MINISTRO JOSÉ DELGADO - DJE DATA:16/04/2008)

Quanto aos depósitos realizados nos autos, devem ser convertidos em renda da União após o trânsito em julgado. Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da autora e, consoante o 1-A do mesmo artigo, DOU PROVIMENTO ao apelo da União.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00063 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035779-45.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035779-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
AGRAVANTE : ASSOCIACAO PROTETORA DA INFANCIA PROVINCIA DE SAO PAULO
ADVOGADO : ABEL SIMAO AMARO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00200024020064036182 6F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pela *Associação Protetora da Infância Província de São Paulo*, por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da execução fiscal autuada sob o nº0020002-40.2006.403.6182, em trâmite perante a 6ª Vara das Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo (SP), que deferiu a realização de penhora *on line* de ativos financeiros de sua titularidade.

Alega, em síntese:

- a) que ofertou à penhora bem imóvel livre e desembaraçado de ônus, cujo valor venal supera o débito exequendo;
- b) a necessidade de exaurimento das buscas por outros bens penhoráveis para o deferimento da medida constritiva;
- c) que, diante da apresentação de outro bem passível de penhora e em valor suficiente, há de se respeitar o princípio da menor onerosidade ao devedor e buscar o equilíbrio da construção patrimonial, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Requer, assim, o cancelamento de qualquer ordem de bloqueio de valores contidos em suas contas e, sucessivamente, seja recebido como garantia da execução o imóvel oferecido à penhora.

É o relatório.

Decido.

Aplico a regra do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Nos termos do artigo 655 do Código de Processo Civil, a penhora observará, preferencialmente, a ordem nele estabelecida, na qual figura, em primeiro lugar, "*dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*" (inciso I).

E, de acordo com o art. 655-A, do mesmo diploma legal, "para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o limite do valor indicado na execução."

Assim, se a penhora *on line* representa constrição sobre dinheiro em depósito ou aplicação financeira, e se este bem é aquele sobre o qual a penhora preferencialmente deve recair, deve-se ter por descabida a exigência de demonstração, por parte do credor, do esgotamento de buscas por outros bens penhoráveis, até porque "*o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo*" (REsp 891.630/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 27/03/2008).

Não é para outro sentido que aponta a nova orientação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria: *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ON LINE. ARTS. 655 E 655-A DO CPC. SISTEMA BACEN-JUD. VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO.*

1. Após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, não mais se exige do credor a comprovação de esgotamento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.

2. Segundo nova orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Corte, a penhora on line deve ser mantida sempre que necessária à efetividade da execução.

2. Agravo interno improvido.

(AgRg no Ag 1050772/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 05/06/2009)

Por esses fundamentos, com fulcro no art. 527, inciso I, cc o artigo 557, *caput*, ambos do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Decorridos os prazos recursais, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Vesna Kolmar
Desembargadora Federal Relatora

00064 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001262-47.2010.4.03.6100/SP
2010.61.00.001262-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : OLIVEIRA SILVA TRANSPORTES E PRESTADORA DE SERVICOS LTDA
: OLIVEIRA SILVA TAXI AEREO LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANSON FRATONI RODRIGUES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00012624720104036100 19 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **21/01/2010** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos **quinze (15) primeiros dias de afastamento** da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de **salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias**, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela

Receita Federal mediante incidência de correção monetária, juros de mora, e da Taxa SELIC, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91.

A r. sentença de fls. 114/117, julgou **improcedente** o pedido e, por conseguinte denegou a segurança.

Apelou a impetrante requerendo a reforma da r. sentença para afastar a incidência da contribuição patronal sobre os pagamentos feitos aos empregados nos quinze (15) primeiros dias de afastamento a título de auxílio doença ou acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias. Sustenta a apelante, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Receita Federal mediante incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir de cada recolhimento indevido, aplicando-se a Taxa SELIC, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91 (fls. 122/137). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo improvimento do recurso (fls. 161/168).

É o relatório.

Decido.

Reporta-se o presente mandado de segurança à declaração de inexigibilidade de contribuições à seguridade social incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença e auxílio acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias, com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, a controvérsia noticiada diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre parcelas que a impetrante entende não configurariam contraprestação pelo trabalho, mas sim indenização.

A Constituição não faz referência apenas à folha de salários, mas também aos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, "a").

A contribuição da empresa será calculada, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, à razão de vinte por cento (20%) *'sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, destinadas a restituir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador'*.

Efetivamente, a previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide **"sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título"**, aqui abrangidas outras remunerações que não salário.

Conforme entendia este relator a mera interrupção do contrato de trabalho nos quinze primeiros dias anteriores a eventual concessão de auxílio-doença não tira a natureza salarial do pagamento devido ao empregado, de modo que a verba haveria de sofrer imposição pela contribuição patronal, integrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Sempre pensei que o empregador paga esses quinze dias *ex lege*, não como indenização, pois para isso seria necessário se reconhecer de parte do empregador a causalidade de um ilícito. Também não paga esse valor como verba previdenciária, já que as prestações previdenciárias são originariamente pagas pelo Estado, sendo adimplidas *através do empregador*, com reembolso ou compensação, apenas quando a lei prevê.

Contudo, o *entendimento favorável às empresas solidificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*; na medida em que se trata da corte constitucionalmente apta a interpretar o direito federal, parece-me desarrazoado dissentir da sua jurisprudência pacífica sob pena de eternizar demandas.

Assim, resguardando meu pensamento próprio, em favor da impetração invoco os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO
SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE
PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO
60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO

CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. ...

2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. **Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.**

6. Recurso especial provido em parte.

(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MERA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. ...

2. **Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.**

3. Não há negativa de vigência aos artigos 60, § 3º, da Lei n. 8.213/91, 22, inc. I, e 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, tampouco a violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, mas apenas a interpretação dos referidos dispositivos legais. Não era pressuposto de tal conclusão a declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

4. ...

(ADRESP 200801478527, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/06/2010)

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação a outras parcelas pagas pelo empregador a que atualmente as cortes superiores não vêm emprestando a natureza de remuneração do trabalho.

Confira-se o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 389903 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento

RE-AgR 545317 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min.

GILMAR MENDES Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 207 e 688/STF. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITO FEDERAL. SÚMULA 282/STF.

1. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC no conteúdo do acórdão recorrido, pelo que se afasta a preliminar de sua nulidade.

2. Nenhuma dúvida remanesce quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) em virtude de sua natureza salarial. Súmulas 207 e 688/STF.

3. Inúmeros julgados oriundos das Primeira e Segunda Turmas deste STJ assentam-se na linha de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, além dos adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, arts. 41 e 49), integram o conceito de remuneração, sujeitando-se à contribuição previdenciária. Precedentes: Resp 805.072/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/02/2007; REsp 512848/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.09.2006; RMS 19.687/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23.11.2006;

REsp 676.294/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.11.2006. E as decisões monocráticas: Resp 971.020/RS, Rel. Min.

Herman Benjamin, DJ 1º/7/2008; RMS 18.870/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/06/2008.

4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem externando o posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extras sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência. Precedentes: AgRgRE 545.317-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008; AgRgRE 389.903/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05/05/2006. E as decisões monocráticas: AI 715.335/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 13/06/2008; RE 429.917/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29/05/2007. Do STJ: Resp 786.988/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/04/2006; Resp 489.279/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/04/2005; Resp 615.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006.

5. Nesse contexto, e com vistas no entendimento externado pelo colendo STF, o inconformismo deve ter êxito para se declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extraordinárias, mantida a exação sobre a gratificação natalina.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp nº 764.586/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 24/09/2008).

De outro lado, inafastável o caráter remuneratório do **salário maternidade**, como soa sem discrepância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual nesse particular aceitamos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. Inexiste violação aos arts. 458, 459 e 535 do CPC se o acórdão recorrido apresenta estrutura adequada e encontra-se devidamente fundamentado, na forma da legislação processual, abordando a matéria objeto da irresignação.

2. **O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.**

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.

6. Recurso especial provido em parte.(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir *somente* sobre os valores pagos aos seus empregados a título dos quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente e sobre o adicional de um terço (1/3) das férias.

O pagamento de **férias**, ou décimo terceiro salário, é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos a título de quinze (15) primeiros dias de afastamento por moléstia ou acidente e a título de adicional de um terço (1/3) sobre o valor das férias, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior, sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente.

Em relação ao prazo quinquenal de prescrição das ações em que se pretende a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de exações sujeitas a lançamento por homologação anoto que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do CPC determinou o seu termo inicial. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen römischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as consequências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3ª ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2ª ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3ª ed., págs. 294 a 296).

5. **Conseqüentemente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").**

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, **razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.**

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.(RESP 200702600019, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 18/12/2009)

No presente caso observo que há contribuições recolhidas em período anterior e posterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (fls. 54/62).

Em relação aos pagamentos efetuados após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (9.6.2005) observo que não ocorreu a prescrição na medida em que o mandado de segurança foi impetrado em 21.01.2010.

Já no que tange aos recolhimentos efetuados antes da vigência da mencionada lei complementar há que se aplicar a vetusta tese do "5+5" anos, pelo que, considerando que os valores recolhidos mais antigos datam da competência de janeiro de 1998 (fls. 45), operou-se a prescrição do aproveitamento do quanto pago antes de 21.01.2000.

Entendo, ainda que, no caso em tela, o afastamento da incidência retroativa do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 não resulta em inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal na medida em que está sendo adotada jurisprudência da Corte Especial do STJ que ao julgar **AI no EREsp 644.736/PE** declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, já que *in casu* não se está declarando inconstitucionalidade de lei e sim aplicando jurisprudência pacífica de Corte Superior.

Justamente por isso - *porque está se reportando a jurisprudência pacífica do STJ arredando o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005* - é que não há também afronta a Súmula Vinculante nº 10, cujo texto é o seguinte:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", **é aplicável às ações ajuizadas após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.**

2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

Ainda, embora não se trate de tributo já declarado inconstitucional, não haverá de ser observado o § 3º do artigo 89 do PCPS tendo em vista que esse dispositivo restritivo foi **revogado** pela Lei nº 11.941/09, a qual deve ser levada em conta na forma do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Realmente, se o reconhecimento *do direito a compensação* está sendo reconhecido *nesta* decisão monocrática, nesse particular é certo que a mesma não poderá aplicar lei *revogada* ("as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem-se levar em conta para regular a situação exposta na inicial" - STJ, 3ª Turma, RESP nº 18.443 - Edcl em Edcl, j. 29/6/93). Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO DO JULGADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA POR ÍNDICE QUE REFLITA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 462 DO CPC. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA.

1.....

2.....

3.....

4. **Já é antigo o entendimento do STJ no sentido de que "as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação posta na inicial" (EDcl nos EDcl no REsp 18443/SP, 3ª. T., Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 09.08.1993). Dessa forma a aplicação do direito superveniente, no julgamento da apelação, não caracteriza julgamento ultra petita.**

5. Recurso especial improvido.

(REsp 665.683/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUPERVENIENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR. ART. 462 DO CPC.

O **direito superveniente** à propositura do mandado de segurança, que tenha evidente influência no julgamento da lide, impondo restrições ao direito dos impetrantes, deve ser levada em consideração, de ofício, pelo julgador, quando do julgamento da causa (art. 462 do CPC). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 438.623/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 288)

No tocante ao mais, entende-se que o **exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. **Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.**

2. **Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.**

3.....

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1.....

2.....

3. **A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).**

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. **A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.**

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser **considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente**, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12.....

13....

14.....

15....

16....

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, **dou parcial provimento à apelação**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00065 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019159-80.2000.4.03.9999/SP
2000.03.99.019159-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CEM S/A ARTIGOS DOMESTICOS e outros
: ROBERTO BENITO
: CICERO DALLA VECCHIA
ADVOGADO : WALDIR LUIZ BRAGA
: PLINIO JOSE MARAFON
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 98.00.00027-1 2 Vr SALTO/SP

DESPACHO

1. Fls. 446/448: diante da concordância expressa da Fazenda Nacional (f. 457), defiro a transferência do numerário para a conta na CEF indicada a f. 460.

Para tal fim deverá ser oficiado a gerência da antiga Nossa Caixa/Nosso Banco S/A onde feito o depósito originário (f. 450), na Comarca de Salto/SP, para que seja procedida a transferência em caráter de **urgência**.

O ofício deverá ser acompanhado de cópias de fls. 446/448, 450, 457 e 460, bem como desta decisão, autenticadas pela Subsecretaria da 1ª Turma.

Caberá a parte interessada demonstrar nestes autos a efetivação da transferência.

2. Fls. 463/467: manifeste-se a PFN em cinco dias e conclusos.

Publique-se e intime-se

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00066 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013614-71.2000.4.03.6105/SP
2000.61.05.013614-9/SP

RELATOR : Juiz Convocado MÁRCIO MESQUITA
APELANTE : AMBEV BRASIL BEBIDAS LTDA
ADVOGADO : EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM
: JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO
NOME ANTERIOR : PEPSI COLA ENGARRAFADORA LTDA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO

- 1) Junte-se a petição da apelante, parte integrante deste despacho.
- 2) Requistem-se os autos, remetidos à Fazenda Nacional, com urgência, para o fim de expedição da respectiva certidão de objeto e pé.
- 3) Após, restitua-se o prazo para manifestação da União Federal, em razão dos pedidos formulados pela AMBEV Brasil Bebidas Ltda.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

SILVIA ROCHA

Juíza Federal Convocada

00067 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004623-30.2001.4.03.6119/SP

2001.61.19.004623-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : GRAZZIMETAL IND/ E COM/ DE AUTO PECAS LTDA
ADVOGADO : ISAIAS LOPES DA SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória, a aplicação da TR e a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa.

A apelante sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade. Alega, outrossim, cerceamento de defesa, pois não teve oportunidade de produzir prova pericial.

Decido.

Não há cerceamento de defesa diante do indeferimento da produção de prova pericial.

Do exame das peças processuais, conclui-se que a presente demanda encontra deslinde por meio da prova documental acostada aos autos, assim é desnecessária a produção de provas periciais e, em decorrência, possível o julgamento antecipado, não acarretou cerceamento de defesa, consoante determina o artigo 330, I, do CPC.

Ademais, o artigo 131, do CPC, fundamentado no princípio da persuasão racional, possibilita ao magistrado valer-se do seu convencimento, fundamentado na Lei, nos fatos, provas e em julgados anteriores, repelindo diligências que prolonguem desnecessariamente o julgamento da ação, quando a prova documental é suficiente para a formação de juízo de valor.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. AVERIGUAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES MÚLTIPLOS.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.

2. O acórdão a quo manteve decisão singular que indeferiu a realização de prova pericial.

3. Para a verificação dos valores devidos, os quais são efetivados por simples cálculo do contador, pela Delegacia da Receita Federal ou pela parte interessada, à vista dos comprovantes constantes dos autos e sendo dispensável a utilização de conhecimento

técnico-especial para a apuração de tais valores, é desnecessária a realização de prova pericial.

4. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento" (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)

5. *Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, REsp nº 67024/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL; REsp nº 132039/PE, Rel. Min. VICENTE LEAL; AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; EDcl nos EDcl no Resp nº 4329/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA; AgReg no AG nº 14952/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.*

6. *Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pericial pleiteada.*

7. *Agravo regimental não provido.*

(STJ - PRIMEIRA TURMA - AGRESP 614221/PR - Data da decisão: 18/05/2007, Relator MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI)

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (*in* Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às consequências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. *Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.*

2. *Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).*

TR

Não se deve olvidar que a T.R. foi criada em fevereiro de 1991 (Lei 8.177/91) e, no que tange às dívidas fiscais, tem como marco final dezembro de 1991, uma vez que, a partir de janeiro de 1992 (inclusive) os débitos passaram a ser atualizados monetariamente segundo a variação da UFIR (Lei 8.383/91).

Haveria cobrança de T.R. caso o débito remontasse a competência anterior a dezembro de 1991. Logo, inútil qualquer discussão sobre a T.R., pois - reitere-se - na espécie, não se exige juros iguais à T.R.

As cortes superiores já pacificaram o entendimento de que é lícita a incidência da Taxa Referencial sobre os créditos tributários:

EMENTA: PRETENSÃO CONSISTENTE EM AFASTAR A INCIDÊNCIA DE ENCARGOS, COM BASE NA TAXA REFERENCIAL DIÁRIA -- TRD, SOBRE DÉBITO RELATIVO A PARCELAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 30 DA LEI Nº 8.218, DE 29.08.91, QUE ALTEROU O ART. 9º DA LEI Nº 8.177, DE 1º.03.91. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. JUROS. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É de repelir-se a alegação de falta de previsão para a cobrança de encargos no período de fevereiro a julho de 1991, porque os tributos federais permaneceram desindexados por força da Medida Provisória nº 294, convertida na Lei nº 8.177/91, e só veio a ser permitida a cobrança de juros de mora equivalentes à TRD pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91, convertida na Lei nº 8.218/91.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI 835, em que se questionava a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.91, que alterou o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, entendeu que a Medida Provisória nº 294, que resultou na Lei nº 8.177, de 1º.03.91, já previa a incidência, a partir de fevereiro de 1991, da TRD sobre impostos, multas e demais obrigações fiscais e parafiscais.

Questão que, ademais, não prescinde de exame no campo infraconstitucional.

Quanto à cobrança de juros acima do patamar constitucional de 12%, a decisão recorrida está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que proclama que a referida regra necessita de integração legislativa para sua concretização.

Recurso não conhecido.

(STF, RE 218290/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 28-04-2000 PP-00096 EMENT VOL-01988-05 PP-01038). PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO-DEMONSTRADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DA TRD. LEIS N. 8.177/91 (ART. 9º) E 8.218/91 (ART. 30). DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Não cabe ao Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

2. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.

3. O STJ pacificou o entendimento de que, a teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.218/91, é legítima a utilização da TRD como juros de mora, a partir do mês de fevereiro de 1991, por não infringir os princípios constitucionais da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido

4. Incide a contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário por constituir este parcela de natureza salarial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(STJ, Segunda Turma, RESP 222064/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ DATA:16/05/2005 PG:00279).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, **há lei (Lei 9.065/95)** fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório do autos, medida inexecutável na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos

não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010)
TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes:

AGA n.º 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEREsp n.º 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR,

Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00068 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027675-93.1993.4.03.6100/SP

95.03.042803-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELANTE : GODAVE AVICULTURA E COM/ LTDA

ADVOGADO : JOSE CLAUDIO MARTARELLI e outros

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 93.00.27675-1 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial em Mandado de Segurança que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória sobre seus débitos parcelados na via administrativa.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

Às fls. 122/123 a autora informou que entrou em concordata e que por essa razão superveniente ao seu pedido deve ser excluída a multa moratória.

Decido.

Indefiro o pleito de fls. 122/123, pois posterior à inicial do Mandado de Segurança, que exige prova pré-constituída.

MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE TUTELA JURISDICIONAL PARA PAGAMENTO PARCIAL DE DÉBITO FISCAL COM BENEFÍCIO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA - INSTRUÇÃO DEFICIENTE DA INICIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DAS MATÉRIAS FÁTICAS ARGUIDAS - SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL MANTIDA.

I- Na dicção do art. 1º da Lei nº 1.533/51, cabe mandado de segurança para coibir abusos do Poder Público como também para evitar os efeitos de um ato iminente, capaz de lesar ou violar direito. Assim, qualquer cidadão pode discutir em juízo ato que entende ilegal, abusivo, ainda que sob enfoque preventivo.

II- No caso concreto, da inicial é possível se extrair a pretensão da impetrante de obter tutela jurisdicional preventiva que lhe assegure a possibilidade de recolhimento parcial de débito fiscal junto ao INSS - com reconhecimento de ocorrência da denúncia espontânea - sem que tenha de suportar eventuais ônus da mora, todavia, não restaram demonstrados minimamente os elementos fáticos ligados à existência do direito líquido e certo alegado e ao modo pelo qual o mesmo encontrar-se-ia ameaçado.

III- A evidente instrução deficiente do mandamus conduz o julgador a invencíveis dívidas quanto aos fatos argüidos na inicial - inclusive sobre a própria existência dos débitos.

IV- A ausência de demonstração pela parte impetrante das questões de fato diretamente relacionadas à existência do direito alegado, aliada a incompatibilidade da dilação probatória com o rito do mandado de segurança, acarreta a inviabilidade da análise das teses jurídicas levantadas.

V- Apelação improvida."

(TRF da 3ª Região, AMS 93.03.006394-5, PRIMEIRA TURMA, rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, DJU 17/05/2007. p. 303).

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (*in* Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(**Súmula 360**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante. P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00069 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0039258-02.1998.4.03.6100/SP
2000.03.99.011835-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : TESE TRANSPORTES SENSIVEIS LTDA
ADVOGADO : MAXIMILIAN EMIL HEHL PRESTES
: FERNANDO JORGE CURTO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.00.39258-0 9 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória, a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa, bem como os juros constitucionais de 12% ao ano.

A apelante sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(**Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, **há lei (Lei 9.065/95)** fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, medida inexequível na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010) TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes:

AGA nº 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp nº 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEResp nº 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

TAXA DE JUROS DE 12% AO ANO (ARTIGO 192, §3º DA CR/88)

Face a Súmula Vinculante nº 07, do STF, não merece maiores digressões:

A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da autora.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00070 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000406-33.1999.4.03.6112/SP

1999.61.12.000406-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

APELADO : TIBET COM/ E CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADO : LUCIA DA COSTA MORAIS PIRES MACIEL
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União em face de sentença que, em Ação Ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória e a sobre seus débitos parcelados na via administrativa.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

A sentença afastou a multa de mora sobre os recolhimentos efetuados por GRPS. Honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

A União recorreu, afirmando a legalidade da multa de mora e sua aplicabilidade na hipótese.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Sucumbência invertida.

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso da União e à Remessa Oficial.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00071 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002165-36.2002.4.03.6109/SP

2002.61.09.002165-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : VECOL VEICULOS CORDEIROPOLIS LTDA
ADVOGADO : LUIZ MANUEL F RAMOS DE OLIVEIRA e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante e pela União em face de sentença que, em Mandado de Segurança, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória e a incidência da "Taxa Selic" sobre seus débitos parcelados na via administrativa.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção. Insurge-se também contra a cobrança de juros moratórios equivalentes à Taxa SELIC, por ultrapassar o limite de 1% e afrontar o princípio da legalidade.

A sentença afastou a multa de mora.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial quanto à aplicação da taxa selic ao caso em análise.

A União recorreu, afirmando a legalidade da multa de mora e sua aplicabilidade na hipótese.

O Ministério Público Federal deixou de oferecer Parecer, por não vislumbrar interesse público na demanda.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O parcelamento de dívida e a denúncia espontânea são institutos jurídicos distintos que não se confundem, não havendo razão para estender ao parcelamento de dívida, espécie de moratória individual, o benefício da exclusão da multa reservado para o instituto da denúncia espontânea.

A confissão de dívida que acompanha o pedido de parcelamento não é assimilável e, sobretudo, não substitui o pagamento do tributo devido e juros exigido pelo art. 138 do CTN para configuração da denúncia espontânea.

Não basta o simples arrependimento e a confissão da infração, se esta não vem acompanhada do pagamento da dívida e juros. Não se pode olvidar que o artigo 138 do CTN reclama o pagamento do tributo devido e juros para que a confissão da infração tenha o condão de excluir a multa, o que não ocorreu na hipótese em discussão, porquanto não houve pagamento da dívida, senão mero pleito de parcelamento do débito.

Nessa linha, o precedente jurisprudencial da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**O parcelamento de débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento - e não o pagamento exigido por lei. Súmula 208 do Tribunal Federal de Recursos**" (Recurso Especial n. 189.330-MG - rel. Ministro Ari Pargendler - DJU 01/03/99 - p. 294).

E também da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "A simples confissão de débito, mesmo que acompanhada de pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea, em ordem a afastar a cobrança de multa moratória, pois esta condiciona-se ao imediato pagamento da exigência fiscal ou ao seu depósito. Inteligência da Súmula 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos" (in Apelação em Mandado de Segurança nº 173468-SP - rel. Juíza Diva Malerbi - Julgamento 06/10/97).

Em suma, confissão de dívida para fim de parcelamento não constitui denúncia espontânea, visto que não houve satisfação do tributo devido e dos juros moratórios, motivo por que é válida a imposição de multa.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC); **TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.**

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

APLICAÇÃO DA SELIC

Não tem fundamento também o argumento de que o § 1º do artigo 161 CTN veda a cobrança de taxa de juros superior a 1% (um por cento) ao mês. Lê-se nesse dispositivo legal que "se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Pois bem, **há lei (Lei 9.065/95)** fixando os juros de modo diverso, isto é: conforme a variação da taxa SELIC, razão por que não possível invocar o limite de 1%.

Não se pode olvidar que os juros moratórios têm por escopo indenizar o Fisco pela demora do contribuinte em cumprir as obrigações fiscais, sendo imperioso que se recomponha integralmente o patrimônio do Estado. Portanto, nada mais razoável que se adote a mesma taxa de juros que o Estado paga quando, em face do inadimplemento dos contribuintes, é obrigado recorrer ao mercado captando recursos para dar conta das despesas pública.

E mais, o próprio contribuinte credor do Fisco tem direito, tanto na compensação como na restituição, à devolução do crédito tributário acrescido de juros equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, calculada a partir da data do pagamento indevido, nos termos do § 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95, o que assegura tratamento isonômico entre os sujeitos da relação jurídico-tributária.

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PERÍCIA - REQUISITOS DA CDA - SÚMULA 7/STJ - TAXA SELIC - CUMULAÇÃO DOS JUROS DE MORA E MULTA MORATÓRIA - POSSIBILIDADE - ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ - INOVAÇÃO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE. 1. Adentrar no mérito das razões que ensejaram a instância ordinária a negar o pedido de perícia seria analisar o conjunto probatório dos autos, o que não é permitido a esta Corte, conforme o enunciado da Súmula 7 do STJ. 2. "A aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e da regularidade dos lançamentos, conduz necessariamente ao reexame do conjunto fático-probatório do autos, medida inexecutável na via da instância especial" (REsp 886.637/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007). 3. Os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças, cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei n. 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Precedente: EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki. 4. É pacífica a possibilidade de cumulação dos juros de mora e multa moratória, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161, do CTN). 5. A apresentação, pela agravante, de novos fundamentos não aventados nas razões de recurso especial representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 1183649 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO HUMBERTO MARTINS - DJE DATA:20/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA CDA. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ALEGADA EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. 1. No que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC, verifica-se que tal questão não foi suscitada em sede de recurso especial, razão pela qual é inviável o seu conhecimento. Ressalte-se que é vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, as quais não foram suscitadas no momento oportuno. 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo" (Súmula 360/STJ), ou seja, "a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco" (REsp 1.149.022/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24.6.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 4. É legítima aplicação da Taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora sobre os débitos do contribuinte para com a Fazenda Estadual, desde que haja lei local autorizando sua incidência (REsp 879.844/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.11.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - AGA - 1160469 - SEGUNDA TURMA - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES - DJE DATA:28/09/2010) TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MULTA MORATÓRIA DEVIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

I - A eg. Primeira Seção desta Corte, ao apreciar o REsp nº 284.189/SP e o REsp nº 378.795/GO, ambos da Relatoria do Ministro

Franciulli Netto, julgados na sessão de 17/06/2002, passou a adotar o entendimento de que não deve ser aplicado o benefício da denúncia

espontânea nos casos em que há parcelamento do débito tributário, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e esta somente será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. Precedentes:

AGA n.º 363.912/RS, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/09/2003; REsp n.º 295.376/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 01/09/2003 e AEREsp n.º 434.461/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/08/2003.

II - Pacífica a jurisprudência deste Pretório acerca da incidência da Taxa SELIC relativamente aos débitos tributários, observando-se, ademais, o princípio da isonomia. Precedentes: REsp nº 497.908/PR,

Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 516.337/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 15/09/2003.

III - Nesta sede regimental, procura a agravante inovar suas razões de reforma do v. acórdão recorrido, pretendendo, caso não seja excluída a multa, a redução do percentual. Inviável o exame da questão apresentada a destempo, incidindo na hipótese o instituto da preclusão.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ, Primeira Turma, AGRG 656397/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/02/2007, pág. 418).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso da União e, nos termos do *Caput* do mesmo artigo, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00072 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023941-75.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.023941-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : SAINT LOUIS PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00239417520094036100 6 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de Apelação interposta por SAINT LOUIS PARTICIPAÇÕES LTDA, em face de sentença (689/690V) proferida em autos de Mandado de Segurança, que julgou improcedente o pedido da apelante na obtenção de Certidão Positiva de Débitos, com efeitos de negativa.

Pleiteia apelante a expedição de certidão positiva com efeito de negativa em face das seguintes pendências: a) NFLD nº 35.002.597-5: sustenta a suspensão de exigibilidade em razão de apresentação de embargos à Execução Fiscal nº 2004.61.82.002341-9 - 11ª Vara Federal das Execuções Fiscais/SP, bem como penhora; b) NFLDs nºs 35.002.595-9 e 35.002.596-7: expõe que estes débitos são objeto de Ação Anulatória nº 2003.61.00.024556-4 e 2003.61.00.024557-6 com posterior distribuição de Execução Fiscal nº 2003.61.82.060286-5 proposta pela União, os quais foram reunidos perante o juízo da 6ª Vara Federal Cível/SP, em virtude de decisão de agravo recebido no efeito suspensivo e que considerou competente o juízo que primeiro despacho, atualmente pendente de julgamento de recurso de apelação. Em razões de apelação (fls. 696/716), reitera os mesmos termos da inicial. Contrarrazões às fls. 719/726. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 732/737).

É o relatório. Decido.

O direito à obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, prevista pelo art. 206, do CTN, pressupõe a existência de débitos com a exigibilidade suspensa por qualquer das causas previstas no artigo 151 do mesmo diploma legal (moratória; depósito integral do valor; reclamações e recursos administrativos; concessão de medida liminar em mandado de segurança; concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e, por

fim, o parcelamento) ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora em valor suficiente para garantir o débito.

No caso dos autos, defende a apelante que a NFLD nº 35.002.597-5 está com exigibilidade suspensa por apresentação de embargos à Execução Fiscal nº 2004.61.82.002341-9 - 11ª Vara Federal das Execuções Fiscais/SP, bem como penhora. Quanto às NFLDs nºs 35.002.595-9 e 35.002.596-7, sustenta a suspensão de exigibilidade em razão de efeito suspensivo concedido em Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.022131-7 referente à Execução Fiscal nº 2003.61.82.060286-5 (fls. 494/496).

Veja-se que os embargos à execução suspendem o feito executivo fiscal, e, para serem aceitos, pressupõe-se a existência de garantia que assegure o cumprimento da obrigação.

No caso dos autos, a apelante não demonstrou a suficiência da penhora conforme se depreende pelos documentos de fls. 283/287 (penhora de veículos automotores avaliados em R\$ 100.000,00) e fl. 298 (valor do débito em R\$ 116.697,57). Sendo assim, ainda que efetivada a penhora em autos de execução fiscal, faz jus o contribuinte a obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, desde que demonstrada a suficiência do valor penhorado.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CND. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 111 E 151 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. SUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO APRESENTADA. SÚMULA 07/STJ. I - Embora esteja pacificado no âmbito desta Corte não ser necessário o prequestionamento numérico, entendo que a matéria articulada no recurso especial, no que se refere aos arts. 111 e 151 do CTN, não foi analisada pelo Tribunal de origem, na medida em que este pautou-se pelos arts. 273, § 7º, do CPC e 205 e 206 do CTN para fundamentar sua decisão. II - Havendo interesse do recorrente em sinalizar ao Tribunal a quo o teor do art. 151 do CTN para possível aplicação à hipótese vertente, deveria ter lançado-mão dos embargos declaratórios, o que não fez, acarretando a incidência dos enunciados sumulares nº 282 e 356 do STF. III - A interpretação que se extrai do art. 206 do CTN é a de que a penhora, para fins de garantia do crédito tributário, há de ser efetiva e suficiente. Portanto, para a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, não basta o oferecimento de bens à penhora, sendo necessária a penhora de bens suficientes para a garantia do débito exequendo. Precedentes: AGRMC nº 7.731/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/05/2004; REsp nº 408.677/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/09/2002 e REsp nº 205.815/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 28/06/1999. IV - No presente caso, tendo o Tribunal a quo expressamente consignado ser suficiente a caução oferecida, é certo que a revisão desse entendimento demandaria o revolvimento no substrato fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, ante o enunciado nº 07 da Súmula deste Tribunal. V - Agravo regimental improvido."
(Processo: AGRESP 200501908820 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 798215 - Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO - STJ - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - fonte: DJ DATA:10/04/2006 PG: 00153 - data da decisão: 21/03/2006)

Quanto às NFLDs nºs 35.002.595-9 e 35.002.596-7, às fls. 494/496 foi concedido efeito suspensivo concedido em Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.022131-7 referente à Execução Fiscal nº 2003.61.82.060286-5 (fls. 494/496), estão, portanto, suspensa a Execução Fiscal e a exigibilidade desses créditos tributários.

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

Expediente Nro 7301/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0511602-97.1994.4.03.6182/SP
95.03.061136-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : SUPLASTICO IND/ E COM/ DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO : DESIRE JEAN DE AGUIAR e outros
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 94.05.11602-9 1 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Suplastico Ind/ e Com/ de Plásticos Ltda. por meio do qual pretende a reforma da sentença que rejeitou liminarmente os embargos em razão do não recolhimento das custas iniciais. Contrarrazões apresentadas.

É o relatório. Decido.

Agiu corretamente o Juízo de primeiro grau ao extinguir sem resolução de mérito os embargos interpostos, pois o embargante sequer comprovou nos autos, tempestivamente, o recolhimento das custas.

Ademais, o apelante não corroborou a alegação de que houve erro no preenchimento da guia de recolhimento; apenas a juntou, fora do prazo concedido.

Sendo assim, o recurso é manifestamente improcedente.

Posto isso, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00002 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0012968-58.1996.4.03.9999/SP

96.03.012968-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
PARTE AUTORA : MARIA JULIA MARTINEZ MEIRELLES
ADVOGADO : JOAO AUGUSTO SIQUEIRA PUPO
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
INTERESSADO : EDIMILSON CARLOS MEIRELLES
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ARARAQUARA SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 95.00.00021-5 1 Vr ARARAQUARA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de ofício interposto nos autos de embargos de terceiro, julgados procedentes, em que o magistrado acolheu os argumentos da embargante, quanto ao fato de o imóvel penhorado na execução fiscal proposta contra o marido dela constituir bem de família.

Contrarrazões firmadas.

É o relatório. Decido.

Há legitimidade do cônjuge para opor estes embargos, quer porque há cotitularidade, quer porque é copossuidor, quanto ao imóvel penhorado. Este está registrado em nome do marido da embargante, sendo ambos casados sob regime de bens universal. Os documentos comprovam isso (fls. 07).

Ademais, o mesmo documento refere ao fato de a embargante e seu esposo não terem inscrito naquele órgão outro bem imóvel.

Finalmente, o embargado não demonstrou que o casal possui outros bens para moradia; e, em que pese a alegação do embargado, de que idêntico caso fora decidido nos embargos à execução fiscal, propostos pelo marido da embargante, os quais teriam sido julgados improcedentes, nenhum documento comprova referida situação.

Sendo assim o recurso é manifestamente improcedente; na forma do artigo 557, "caput", do CPC, NEGO-LHE

SEGUIMENTO.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0741996-11.1991.4.03.6182/SP

97.03.004963-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : IND/ MELLO DE EMBALAGENS LTDA

ADVOGADO : ABRAO BISKIER
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARIA LUCIA PERRONI
No. ORIG. : 00.07.41996-1 3 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **IND/ MELLO DE EMBALAGENS LTDA.**, em face de sentença proferida nos autos de embargos à execução, julgados improcedentes, por meio do qual pretende a reforma da decisão, alegando cerceamento de defesa, em face da não apresentação do processo administrativo. Além disso, refere à fixação de verba honorária em patamar exorbitante.

Com as contrarrazões, pedindo a manutenção da sentença, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

A sistemática adotada pela Lei 9.756/98, ao alterar o art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de índole procrastinatória, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante.

Atende aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

A matéria em exame já foi exaustivamente debatida, não havendo na atualidade divergência acerca da questão.

Não ocorre nulidade na sentença, posto que desprovida de fundamento a alegação de cerceamento de defesa. No caso dos autos, está sobejamente demonstrada a existência da dívida. Conforme se sabe, o título goza de presunção de legitimidade, cabendo ao embargante, ao menos, indicar de forma concreta situações que poderiam ilidi-la quanto às alegadas imperfeições.

Por outro lado, ao contrário do afirmado na apelação, o processo administrativo foi juntado às fls. 49/72, e este demonstra claramente a procedência e o cálculo da dívida, como também sua origem e período.

Quanto à verba honorária, fixada em 15% sobre o valor da dívida corrigido, esta deve ser diminuída para o patamar habitual, isto é, 10% sobre o mesmo *quantum*; isso porque não houve dispêndio de trabalho profissional acima das diligências ordinárias.

Posto isso, **dou parcial provimento à apelação**, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da dívida atualizado.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00004 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0800712-86.1996.4.03.6107/SP
97.03.019877-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
PARTE AUTORA : FRIGORIFICO ARACATUBA S/A ARACAFRIGO
ADVOGADO : PAULO MARTINS LEITE e outros
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 96.08.00712-7 2 Vr ARACATUBA/SP

DECISÃO

Cuida-se de recurso de ofício do ilustre magistrado que julgou embargos à execução fiscal parcialmente procedentes, especificamente quanto às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de administradores e autônomos.

Decido.

A questão não requer maiores controvérsias, porque sedimentada nos tribunais. Basta verificar, dentre outros, a Adin 1102-2, e a Resolução 14/95 do Senado Federal, que suspendeu a execução da expressão "avulsos, autônomos e administradores, contida na Lei 7.787/89.

Portanto, em face do artigo 557, NEGO-LHE SEGUIMENTO.

No momento oportuno, enviem-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033494-41.1999.4.03.9999/SP

1999.03.99.033494-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : CAZAM MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADO : CELSO MAZITELI JUNIOR
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 96.00.00243-1 2 Vr OLIMPIA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por **CAZAM MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.** em face da sentença que **julgou improcedente o pedido** formulado na inicial, alegando, a inconstitucionalidade da cobrança em virtude da atualização ter sido feita pela TR, pelos juros estarem sendo exigidos de forma ilegal e abusiva, pela multa ser elevada e indevida, inclusive, de cunho confiscatório, devendo ser reduzida ao percentual de 2%, de acordo com a Lei 9.298/96. Por fim, insurgiu-se com relação aos honorários, fixados em 15% do valor do débito, requerendo sua redução.

Com as contrarrazões, pedindo a manutenção da sentença, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

A sistemática adotada pela Lei 9.756/98, ao alterar o art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de índole procrastinatória, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante.

Atende aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

A matéria em exame já foi exaustivamente debatida, não havendo na atualidade divergência acerca da questão.

Após longa discussão sobre a possibilidade de fazer incidir a TR e/ou a TRD como fator de indexação da economia ou como taxa de juros, a jurisprudência vem firmando entendimento, já agora majoritário, no sentido de ser possível sua aplicação sobre débitos tributários, a título de juros de mora.

A TRD foi instituída pelo artigo 9º da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, prescrevendo que "a partir de fevereiro de 1991, incidirá a TRD sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação do PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social".

Já o artigo 30 da Lei n. 8.218, de 29.08.91, modificou a redação do artigo 9º da Lei n. 8.177/91, que passou a dispor que:

"A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional, Estadual, Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação do PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social (...)"

As normas legais supra transcritas não foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, a inconstitucionalidade decretada pelo STF se fez apenas no sentido de que ela não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contrato, firmado anteriormente à Lei 8.177/91, já que essa imposição violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, amparados pela CF vigente. Tratando-se de débitos tributários não originados em contrato, mas sim em lei, sobre eles incide a TR/TRD.

No entanto, da dicção legal (artigo 9º da Lei n. 8.177/91 c/c artigo 30 da Lei n. 8.218/91), a incidência da TRD dá-se sobre os débitos tributários a título de juros de mora, desde fevereiro de 1991 até a aplicação da UFIR.

A incidência da TRD se dá por força do artigo 7º da Lei n. 8.177/91, combinado com o artigo 30 da Lei n. 8.218/91, sendo certo que a norma posterior (Lei n. 8.218/91) foi erigida como forma de explicitar a regra anterior, em clara hipótese de interpretação autêntica. Diz-se interpretação autêntica porque feita pelo próprio legislador, uma vez que ele, inicialmente, ao determinar a incidência da TR e da TRD, não disse a que título seria, só vindo a fazê-lo posteriormente, por meio da nova norma (Lei n. 8.218/91).

Nem se diga que o artigo 30 da Lei n. 8.218/91 infringiu o princípio da irretroatividade das leis, já que nada instituiu, mas apenas explicitou a incidência da TR e sua variação diária, a TRD, sobre os débitos para com a Fazenda Pública, cuja incidência, inclusive, já tinha ocorrido.

Neste sentido:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TR. MULTA MORATÓRIA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. 1. É legítima a incidência da TR/TRD como taxa de juros moratórios, sendo devida sua aplicação de fevereiro a dezembro de 1991. 2. Imposição de multa que tem natureza jurídica de sanção pecuniária pela inadimplência e que decorre de lei. 3. Legalidade na utilização da taxa SELIC para fins de correção do débito tributário. Precedentes. 4. Recurso desprovido."

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1506437, Processo:2003.61.19.004862-3;UF:SP, Órgão Julgador:QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 21/06/2010,Fonte: DJF3 CJ1 DATA:27/07/2010 PÁGINA: 232 Relator:DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR)

Por outro lado, o apelante não conseguiu demonstrar que o débito foi indexado pela TR/TRD, e de acordo com o demonstrativo do débito (fls. 06/08, da execução em apenso), foi utilizada a UFIR.

Quanto à UFIR, pode ser utilizada para indicar o valor da CDA, sem afetar os requisitos de *liquidez* e *certeza* (REsp nº 378.587/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.04.2007; REsp nº 430.413/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 16.09.2004; REsp nº 85.816/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 10.11/1998).

Com relação à multa moratória, há impossibilidade de sua redução ao percentual de 2% (dois por cento), dada a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas tributárias (REsp nº 200602645052, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 22.08.2008).

Quanto à verba honorária, fixada em 15% sobre o valor da dívida corrigido, esta deve ser diminuída para o patamar habitual, isto é, 10% sobre o mesmo *quantum*; isso porque não houve dispêndio de trabalho profissional acima das diligências ordinárias.

Posto isso, **dou parcial provimento à apelação**, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da dívida atualizado.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 05 de novembro de 2010.
Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003756-35.1999.4.03.6110/SP
1999.61.10.003756-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : REFRIGERANTES VEDETE LTDA
ADVOGADO : SERGIO DA SILVA FERREIRA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos de embargos à execução fiscal não recebidos por intempestividade, por meio do qual a apelante procura evidenciar cerceamento de defesa, ao mesmo tempo em que combate o mérito. Contrarrazões apresentadas.

É o relatório. Decido.

O recurso é manifestamente improcedente, porque não se pode falar em cerceamento de defesa (somente porque o juiz rejeitou os embargos), devido à perda da oportunidade de a executada apresentar os embargos. Pois, conforme se vê à fls. 47/48 destes autos houve intimação pessoal e regular do representante legal da empresa, no dia 04.04.1999, enquanto os embargos foram apresentados em 06.09 do mesmo ano; de acordo, aliás, com a certidão de fls. 52. No caso de execução fiscal, o prazo para apresentação de embargos conta-se da intimação pessoal, conforme se vê no julgado abaixo:

AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 187396 - TRF300305156

Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador TERCEIRA TURMA

Fonte DJF3 CJ1 Data:18/10/2010 Página: 203

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

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE DE GARANTIA INTEGRAL DO CRÉDITO PARA O OFERECIMENTO DOS EMBARGOS. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PENHORA. ART. 16, III, DA LEI N. 6.830/1980. INTEMPESTIVIDADE.

Afigura-se tranquilo na jurisprudência o entendimento de que é admissível a oposição de embargos à execução fiscal mesmo diante da insuficiência da penhora, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não se configurando qualquer prejuízo fazendário em razão da possibilidade de posterior reforço. Nos termos do art. 16, III, da Lei n. 6.830/1980, o prazo para o executado oferecer os embargos é de 30 dias, contados da intimação da penhora. O E. STJ já firmou o entendimento de que, na execução fiscal, realizada a intimação pessoal do representante legal do devedor, é a partir deste momento que se inicia a contagem dos trinta dias para oposição dos embargos, e não da juntada aos autos do respectivo mandado. A executada foi intimada, através do seu representante legal, da penhora de bens e do prazo para apresentação dos embargos no dia 28/8/2002, não os tendo opostos até 12/11/2002.

Intempestividade configurada. Esgotada a análise do vertente recurso, resta prejudicado o agravo regimental. Agravo de instrumento não provido.

A apelação interposta nos presentes embargos à execução, portanto, é manifestamente improcedente.

Diante de todo o exposto, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE EMBARGANTE, nos termos da fundamentação, com fulcro no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001522-77.1999.4.03.6111/SP
1999.61.11.001522-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta

APELANTE : EMPRESA MACHADO DE MARILIA LTDA
ADVOGADO : EVA MACIEL e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por **EMPRESA MACHADO DE MARÍLIA LTDA**, em face da sentença que **julgou improcedente o pedido** formulado na inicial, pedindo seja reformada a sentença, aduzindo que o valor do débito é resultado de suposições, já que o fisco presumiu a existência de empregados, montando então débito hipotético. Alega também, que não lhe foi dada oportunidade de comprovar esta alegação, que se fossem produzidas as provas requeridas, a verdade viria a lume e os rumos da decisão certamente seriam outros.

Com as contrarrazões, pedindo a manutenção da sentença, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Improcedem as alegações do apelante.

A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis: "*A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.*"

Desta forma, improcedem as alegações do apelante, pois houve confissão do débito e pedido de parcelamento, o qual foi descumprido, motivando a inscrição do débito em dívida ativa.

Por outro lado, a exibição do processo administrativo deve ter por fundamento uma necessidade concreta à irrisignação do administrado para combater o título executivo extrajudicial. Não tem sentido, pois, a "vista" daquele expediente, por mero capricho ou deleite.

Isto porque, o processo administrativo fica à disposição do administrado (artigo 41, da Lei 6.830/80), que tem a obrigação de examiná-lo e alegar toda a matéria que interesse em sua defesa, nos embargos (artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/80).

Desta forma, desnecessária a apresentação do processo administrativo, acompanhando a inicial da execução fiscal, uma vez que a Certidão da Dívida Ativa demonstra claramente o débito cobrado, bem como sua origem, ainda mais em se tratando, no caso, de confissão do débito.

Neste sentido:

"AC 200061190098649 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 777267

Relator(a) JUIZA REGINA COSTA

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador SEXTA TURMA

Fonte DJF3 CJI DATA:10/08/2010 PÁGINA: 653

Decisão Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar argüida e conhecer parcialmente da apelação, negando-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO QUE EXTRAPOLA O PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE CONHECIDO. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. TRIBUTO DECLARADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRELIMINARES REJEITADAS. MULTA MORATÓRIA. SANÇÃO PELO ATRASO NO PAGAMENTO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC. ART. 161, § 1º, DO CTN. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA FIXAR JUROS DE MORA ACIMA DE 1% AO MÊS. LIMITAÇÃO A 12% AO ANO. ART. 192, § 3º, DA CR. INAPLICABILIDADE. LEI DA USURA. INAPLICABILIDADE NAS RELAÇÕES ENTRE O CONTRIBUINTE E O FISCO. ANATOCISMO NÃO CONFIGURADO. I - Impossibilidade de conhecimento do recurso quanto ao pleito não requerido na inicial, em relação ao qual não houve apreciação do MM. Juízo a quo a respeito. II - Não tendo a Embargante oferecido nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos, seu indeferimento não caracteriza cerceamento de defesa. Nos termos do CPC, o juiz deve analisar a necessidade da dilação probatória, indeferindo-a se entendê-la desnecessária ou impertinente. Preliminar rejeitada. III - Tratando-se de tributo declarado pelo próprio contribuinte, desnecessária a instauração do procedimento administrativo, não havendo obrigatoriedade de homologação formal por parte do Fisco. As declarações entregues pelo contribuinte, informando o montante do tributo devido, constituem documento de confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para exigência do crédito. Precedentes desta 6ª Turma. Preliminar rejeitada. IV - Desnecessária a apresentação do processo administrativo, acompanhando a inicial da execução fiscal, uma vez que a Certidão da Dívida Ativa demonstra claramente o débito cobrado, bem como sua origem. Outrossim, conforme determinado no art. 41, da Lei n. 6.830/80, este fica à disposição do contribuinte na repartição competente. Preliminar rejeitada. (...) XV - Apelação parcialmente conhecida e improvida."

Isto posto, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014816-41.2000.4.03.9999/SP

2000.03.99.014816-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : TRANSGODOI TRANSPORTES RODOVIARIOS LTDA
ADVOGADO : GABRIELA ZIBETTI
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 99.00.00080-1 A Vr BRAGANCA PAULISTA/SP
DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Transgodoi Transportes Rodoviários Ltda., por meio do qual combate sentença que extinguiu os embargos ante a ausência de garantia do Juízo.

Contrarrrazões apresentadas.

Decido.

Assiste razão ao magistrado, na medida em que, conforme se vê à fls. 11 destes autos, embora o apelante tenha sido intimado para regularizar a penhora, assim não procedeu, conforme se observam dos autos de execução fiscal anexados. Ora, a garantia do Juízo é condição ou pressuposto indispensável para recebimento dos embargos; ficou patente, aliás, que o apelante apresentou embargos à execução e não exceção de pré-executividade.

Logo, o recurso é manifestamente improcedente; nego-lhe seguimento, na forma do artigo 557, *caput*, do CPC.

Comunique-se, *se for o caso*, ao relator do agravo de instrumento (autos anexados).

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024391-73.2000.4.03.9999/SP
2000.03.99.024391-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : TULSA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS S/C LTDA
ADVOGADO : HELIO RUBENS BATISTA RIBEIRO COSTA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 97.00.00269-2 1 Vr ITAPEÇERICA DA SERRA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Tulsa Locação de Veículos S/C Ltda., por meio do qual combate sentença que rejeitou liminarmente os embargos, por conta da insuficiência da garantia do Juízo. Segundo a apelante, seria possível a complementação ou reforço da penhora no curso dos embargos, ou após o seu julgamento. Contrarrazões apresentadas.

Decido.

Conforme se vê à fls. 21 destes autos, o magistrado de primeira instancia concedeu oportunidade à apelante para regularizar a penhora nos autos de execução fiscal, procedimento este não cumprido por esta, ao que se conclui, ante a sentença extintiva.

Ademais, a autarquia federal, nas contrarrazões, bem deixou claro o valor ínfimo da linha telefônica penhorada; diante do quadro descrito por ela, que retém veracidade, o bem penhorado estaria avaliado em R\$1.060,00, enquanto a dívida, em 10/97, era de R\$52.615,11. Ora, tamanha discrepância leva, na verdade, à conclusão de que a garantia simplesmente inexistiu. Ao que se percebe, ante o Juízo de razoabilidade, seria quase impossível a embargante acrescentar outros bens para garantir a dívida.

Posto isso, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021021-91.2000.4.03.6182/SP
2000.61.82.021021-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : COPENAG ARMAZENS GERAIS LTDA
ADVOGADO : LUCIENE PEREIRA DOS SANTOS e outro
INTERESSADO : CYPRIANO MARQUES FILHO e outro
: DOROTY CUNDARI MARQUES
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por COPENAG ARMAZENS GERAIS LTDA., em face da r. sentença de primeira instância, que julgou improcedentes embargos do devedor, por meio do qual pretende discutir a perda de prazo para impugnação, a nulidade da sentença, a adesão ao REFIS não implica confissão de débitos previdenciários e a prescrição.

Ofertadas contrarrazões.

Juntado substabelecimento.

Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo abrangia situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Primeiramente, alega a apelante que a impugnação foi apresentada intempestivamente. Tal alegação é improcedente. Recebidos os embargos em 17/09/2001, fls. 141, o Procurador do INSS teve vista pessoal em 09/11/2001, sexta-feira, fls. 141, verso, conforme lhe assegura o artigo 25, da Lei nº. 6.830/80, começando a correr o prazo em 12/11/2001, segunda-feira, e protocolou sua impugnação em 11/12/2001, fls. 142/145, ou seja, no trigésimo e último dia do prazo (artigo 17, da Lei nº. 6.830/80).

Em segundo lugar, a apelante alega nulidade da sentença por não ter analisado os argumentos e documentos acostados pela Apelante. A Apelante alega que comprovou que os valores inscritos na CDA eram de responsabilidade da empresa Motrapi Prestadora de Serviço e que nos embargos foram comprovados que parte dos valores apontados na CDA já estavam pagos.

Tais alegações improcedem. Os documentos juntados não permitem aferir que o valor devido pela empresa cedente de mão-de-obra, no que se refere aos empregados cedidos à apelante, foi integralmente pago ou incluso em parcelamento.

O documento de fls. 40/42 comprova que os valores pagos pela empresa MOTRAPI foram abatidos por ocasião da fiscalização, sendo cobrada apenas diferença entre o valor apurado e o valor recebido pela Previdência, bastando apenas comparar a linha referente aos valores recebidos (REC) com o extrato de conta corrente da empresa Motrapi.

A sentença fundamentou-se no fato de que, segundo a lei vigente à época dos fatos geradores, a pessoa jurídica cessionária era responsável solidária pelas contribuições devidas sobre a remuneração dos trabalhadores cedidos e que para elidir sua responsabilidade, deveria demonstrar que a cedente provera o pagamento; inadimplido o débito, nasce para a empresa cessionária de mão-de-obra a responsabilidade solidária.

Assim, não existem nulidades na fundamentação da sentença. O Juiz sentenciante analisou todas as alegações do ora apelante, inclusive a questão do suposto pagamento pela empresa Motrapi.

Ademais, o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, bastando que exponha fundamentos suficientes para respaldar a sua decisão.

Quanto à alegada nulidade da sentença, por não ter atentado o Juiz a existência de documentos nos autos, no que pertine ao valor da penhora, também improcede, pois não ocorreu nenhum prejuízo ao apelante, já que o Juiz de Primeira Instância afastou a preliminar aduzida pelo INSS de falta de garantia. Tanto que os embargos foram julgados pelo mérito.

Quanto à alegação de que a adesão ao REFIS não implica confissão de débitos previdenciários, tal questão não foi tratada na sentença, não tendo o Juiz, em nenhuma parte da sentença, afirmado que ocorreu a confissão do débito. O Juiz de Primeiro Grau, acertadamente, deixou claro que os valores pagos no parcelamento deveriam ser imputados no débito com a juntada de mero extrato atualizador da CDA.

Quanto à afirmação de ter interposto embargos de declaração (fls. 256, 3º §), nada consta nos autos.

Quanto ao pedido de fls. 257, último parágrafo, para reconhecer a prescrição, não trouxe o apelante nenhum fundamento jurídico para tal pedido. Ainda assim, não ocorreu a prescrição, pois se tratam de débitos referentes ao período de 03/95 a 10/96, inscritos em dívida ativa em 27/08/97, tendo sido a execução fiscal nº 0571123-65.1997.403.6182 (número antigo: 97.0571123-2) proposta em 14/10/97, conforme consulta efetuada no sistema processual.

Assim, são manifestamente improcedentes as alegações do apelante.

Posto isso, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.
Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0513494-70.1996.4.03.6182/SP
2001.03.99.023484-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : PANIFICADORA BRASIL MODERNO LTDA
ADVOGADO : JOAO BATISTA TAMASSIA SANTOS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 96.05.13494-2 6F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por PANIFICADORA BRASIL MODERNO LTDA., em face da sentença proferida nos autos de embargos à execução fiscal, julgados improcedentes, por meio do qual pretende o recorrente o reconhecimento da decadência; alega que a CDA não preenche os requisitos indispensáveis previstos na legislação pertinente e a inconstitucionalidade do crédito irregularmente inscrito. Pede a anulação da sentença, face ao cerceamento de defesa.

Contrarrazões apresentadas.

Houve renúncia do patrono do apelante, com ciência desta, que deixou de regularizar sua representação processual.

É o relatório. Decido.

Aplico a regra do art. 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a decidir, por meio de decisão monocrática, recurso cuja matéria seja objeto de súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

É pressuposto fundamental do válido desenvolvimento da relação processual a capacidade de postular. Os autos revelam manifesto desinteresse da apelante em constituir novo advogado, a partir da renúncia de fls. 69/70, embora tenha sido expressamente notificada para fazê-lo.

O documento carreado às fls. 70 mostra que o patrono da apelante cumpriu o disposto no artigo 45, do CPC, cientificando o representante legal da empresa por meio de notificação extrajudicial, quanto à necessidade de constituir novo patrono para prosseguir na lide.

Todavia, transcorridos mais de 12 anos, a apelante não diligenciou a nomeação de novo advogado para prosseguir no patrocínio de seus interesses na presente demanda, fato que caracteriza inequivocadamente a sua falta de interesse no prosseguimento do feito.

Ante o exposto, reconheço de ofício a ausência superveniente de pressuposto específico de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e extingo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, restando prejudicada a apelação. Condeno a apelante ao pagamento de honorários que arbitro em 10% sobre o valor da dívida.

Decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e remetam-se os autos à vara de origem, observadas as formalidades legais.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de outubro de 2010.
Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038676-37.2001.4.03.9999/SP
2001.03.99.038676-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : MIKROPUL DUCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADO : JOSE GERALDO DE LIMA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
INTERESSADO : ARMANDO KAMUMASA KUNIMURA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.00.00077-9 A Vr DIADEMA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Mikropul Ducon Equipamentos Industriais em face de sentença que extinguiu os embargos à execução fiscal ante irregularidade na petição inicial.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

No caso em exame, intimada a regularizar sua representação processual, a embargante juntou instrumento de procuração; no entanto, deveria ter provado, também, que a pessoa que outorga o mandato, possui poderes para representar a empresa.

Assim, a apelante não cumpriu o determinado, pois deixou de apresentar nos autos cópia do contrato social e eventuais alterações, documentos essenciais a demonstrar quem exerce regularmente a representação legal da empresa.

Neste sentido:

"AC 97030887643 - APELAÇÃO CÍVEL - 402765

Relator JUIZ PEIXOTO JUNIOR

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador QUINTA TURMA

Fonte DJF3 DATA: 26/11/2008 PÁGINA: 528

Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, DECIDE a 5.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto do Sr. Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Ementa

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA REGULARIZAR REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O Código de Processo Civil estabelece que a petição inicial deve estar acompanhada de documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283) e, ainda, que é defeso distribuir a petição não acompanhada do instrumento de mandato, ressalvadas as hipóteses legais (art. 254). 2. Em se tratando de pessoa jurídica, somente por intermédio do contrato social é possível comprovar não só a constituição e a personalidade da mesma, mas também quem é a parte legítima para representá-la em juízo e o modo que se fará essa representação (art. 12, VI do CPC). 3. Se a parte não atendeu integralmente a determinação judicial para regularizar a representação processual, era de rigor a extinção do processo sem exame do mérito. 4. Apelação desprovida."

Portanto, agiu corretamente o Juízo de 1º grau, enquadrando tal situação nos termos do artigo 267, VI do CPC, motivo pelo qual a apelação interposta nos presentes embargos à execução é manifestamente improcedente.

Considerando a sucumbência da apelante, fica mantida a condenação na verba honorária, tal como fixado em primeiro grau.

Posto isso, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0555232-67.1998.4.03.6182/SP

2001.03.99.060361-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta

APELANTE : STILL SHOP LTDA
ADVOGADO : CASSIO CAMPOS BARBOZA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 98.05.55232-2 6F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por **STILL SHOP LTDA**, em face da sentença que **julgou improcedente o pedido** formulado na inicial, por meio da qual requer seja reformada a sentença para acolher os embargos do devedor, face à nulidade que reveste a CDA, em virtude do cerceamento de defesa da apelante, possibilitando-lhe à vista dos autos do processo administrativo e direito à ampla defesa.

Recebido o recurso, a Apelante informou sua adesão ao REFIS, pediu e reiterou a suspensão do processo (fls. 51/52, 53/54 e 56/57), tendo o Juiz de Primeira Instância deixado de apreciar o pedido, com fulcro no artigo 463, do CPC (fls. 55).

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

Tratando-se de recurso interposto em sede de embargos à execução (cuja natureza jurídica é a de verdadeira ação de conhecimento incidental, pois visa desconstituir ou reduzir a eficácia do título executivo), devem aplicar-se subsidiariamente as disposições que regem o processo de conhecimento, a teor do art. 598, do Código de Processo Civil (CPC).

E, de acordo com o disposto no art. 267, inciso VI, do CPC, o processo será extinto, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, sendo que tais matérias podem ser conhecidas de ofício pelo órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa (RSTJ 64/156).

Ainda, nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil (CPC) e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado a, por meio de decisão monocrática, negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

No caso vertente, o exame dos autos (petições de fls. 51/52, 53/54 e 56/57) mostra que, posteriormente ao ajuizamento do presente feito, a apelante ingressou no programa de parcelamento instituído pela Lei n. 9.964/2000 (REFIS), no qual foram incluídos os débitos que originaram a execução fiscal embargada.

Ora, o parcelamento em questão, nos exatos termos da lei que o rege (art. 3º), implica confissão irrevogável e irretratável da dívida exequenda, mediante a qual o apelante assumiu integral responsabilidade por seu pagamento. Tal reconhecimento expresso da dívida mostra-se logicamente incompatível com a subsistência do presente feito, restando, pois, claramente configurada a carência superveniente do interesse processual.

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

Não há também que se falar em extinção deste feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, V, do Código de Processo Civil, pois a apelante não manifestou renúncia expressa sobre o direito a que se funda a ação, não podendo a mesma ser deduzida automaticamente da legislação que a estabeleceu como condição para usufruir do benefício fiscal.

Quanto aos honorários advocatícios, os mesmos são devidos pelo embargante, em razão do princípio da causalidade, devendo ser fixados em 1% (um por cento) sobre o valor da causa, a teor do disposto no § 3º do art. 5º da Lei 10.189/2001, aqui aplicado por analogia.

A presente decisão fundamenta-se, de resto, em entendimento predominante no E. Superior Tribunal de Justiça e nesta C. Corte, como se pode ler nos seguintes precedentes:

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

"É assente no STJ que "A opção do contribuinte pelo parcelamento do débito tributário por meio da inscrição no Programa de Recuperação Fiscal, condicionada à desistência dos embargos à execução, não o desonera do pagamento dos honorários advocatícios". 2. A Primeira Seção decidiu, pacificando o posicionamento jurisprudencial, que são devidos honorários advocatícios no percentual de 1% sobre o débito consolidado" (EREsp 509367 / SC; Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 11.09.2006 p. 221). (...) 14. Ad argumentandum tantum esta Corte já se manifestou no sentido de que a existência de pedido expresso de renúncia do direito discutido nos autos, é conditio iuris para a extinção do processo com julgamento do mérito por provocação do próprio autor, residindo o ato em sua esfera de disponibilidade e interesse, não se podendo admiti-la tácita ou presumidamente, nos termos do art. 269, V, do CPC. Precedentes.(...) 15. Deveras, ausente a manifestação expressa da pessoa jurídica interessada em aderir ao REFIS quanto à confissão da dívida e à desistência da ação com renúncia ao direito, é incabível a extinção do processo com julgamento de mérito", porquanto "o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial." Precedente: REsp nº 639.526/RS, DJ de 23/08/2004".

II - TRF 3ª Região, AMS n. 1999.61.00.012533-4, Rel. Juiz Federal Convocado Ricardo China (DF3 de 13.10.08) (trechos):

"I - Ação mandamental ajuizada visando a anulação de ato administrativo que indeferiu parcelamento de débitos de IPI e II, os quais posteriormente foram consolidados e incluídos no parcelamento previsto na Lei 9964/2000 - **REFIS**. II - A lei em questão determina como requisito para a fruição do benefício a confissão irrevogável e irretroatável dos débitos referidos no art. 2º e o encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem como a renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação. III - A adesão da impetrante ao parcelamento é fato superveniente que deve ser levado em consideração, nos termos do art. 462, CPC, ensejando a extinção da ação sem o exame do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI do CPC. IV - Não há que se falar em extinção nos termos do art. 269, V, CPC, pois não houve renúncia expressa sobre o direito a que se funda a ação, não podendo ser deduzida da legislação que a estabeleceu como condição para usufruir o benefício legal".

Isto posto, reformo a r. sentença e **DECLARO EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, nos termos do disposto nos artigos 267, VI e § 3º e 462, do Código de Processo Civil e condeno a embargante em honorários advocatícios de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Prejudicada a apelação, **NEGO-LHE SEGUIMENTO**, tudo nos termos dos artigos 557, *caput*, do referido *codex* e 33, XII, do Regimento Interno desta Corte.

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

Intimem-se.

São Paulo, 04 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005911-79.2001.4.03.6000/MS

2001.60.00.005911-3/MS

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : PAPELARIA FRANCO LTDA e outro
: ALUISIO PAULO BARBOSA FRANCO DE CASTRO
ADVOGADO : JORGE LUIZ MARTINS PEREIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por **PAPELARIA FRANCO LTDA e ALUISIO PAULO BARBOSA FRANCO DE CASTRO** em face da sentença que **julgou improcedente o pedido** formulado na inicial, pedindo seja reformada a sentença, proferindo nova decisão, com a procedência dos Embargos executórios, afastando o julgamento antecipado, com a exclusão da pena de litigância de má-fé; o provimento do apelo para a reforma da decisão quanto à cobrança de juros e correção de valores com base na taxa SELIC, afastando sua aplicabilidade na correção do débito fiscal; consequentemente seja invertido o ônus da sucumbência, condenando a apelada ao pagamento dos honorários. Por fim,

pede que seja excluída da sentença a condenação da apelante ao pagamento da verba honorária, bem como da litigância de má-fé.

Com as contrarrazões, pedindo a manutenção da sentença, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Improcedem as alegações do apelante.

A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, *verbis*: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

Desta forma, improcedem as alegações de ausência de lançamento.

Por outro lado, a exibição do processo administrativo deve ter por fundamento uma necessidade concreta à irrisignação do administrado para combater o título executivo extrajudicial. Não tem sentido, pois, a "vista" daquele expediente, por mero capricho ou deleite.

Isto porque, o processo administrativo fica à disposição do administrado (artigo 41, da Lei 6.830/80), que tem a obrigação de examiná-lo e alegar toda a matéria que interesse em sua defesa, nos embargos (artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/80).

Desta forma, desnecessária a apresentação do processo administrativo, acompanhando a inicial da execução fiscal, uma vez que a Certidão da Dívida Ativa demonstra claramente o débito cobrado, bem como sua origem.

Neste sentido:

"AC 200061190098649 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 777267

Relator(a) JUIZA REGINA COSTA

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador SEXTA TURMA

Fonte DJF3 CJI DATA:10/08/2010 PÁGINA: 653

Decisão Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar argüida e conhecer parcialmente da apelação, negando-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO QUE EXTRAPOLA O PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE CONHECIDO. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. TRIBUTO DECLARADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRELIMINARES REJEITADAS. MULTA MORATÓRIA. SANÇÃO PELO ATRASO NO PAGAMENTO. JUROS DE MORA. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC. ART. 161, § 1º, DO CTN. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA FIXAR JUROS DE MORA ACIMA DE 1% AO MÊS. LIMITAÇÃO A 12% AO ANO. ART. 192, § 3º, DA CR. INAPLICABILIDADE. LEI DA USURA. INAPLICABILIDADE NAS RELAÇÕES ENTRE O CONTRIBUINTE E O FISCO. ANATOCISMO NÃO CONFIGURADO. I - Impossibilidade de conhecimento do recurso quanto ao pleito não requerido na inicial, em relação ao qual não houve apreciação do MM. Juízo a quo a respeito. II - Não tendo a Embargante oferecido nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos, seu indeferimento não caracteriza cerceamento de defesa. Nos termos do CPC, o juiz deve analisar a necessidade da dilação probatória, indeferindo-a se entendê-la desnecessária ou impertinente. Preliminar rejeitada. III - Tratando-se de tributo declarado pelo próprio contribuinte, desnecessária a instauração do procedimento administrativo, não havendo obrigatoriedade de

homologação formal por parte do Fisco. As declarações entregues pelo contribuinte, informando o montante do tributo devido, constituem documento de confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para exigência do crédito. Precedentes desta 6ª Turma. Preliminar rejeitada. IV - Desnecessária a apresentação do processo administrativo, acompanhando a inicial da execução fiscal, uma vez que a Certidão da Dívida Ativa demonstra claramente o débito cobrado, bem como sua origem. Outrossim, conforme determinado no art. 41, da Lei n. 6.830/80, este fica à disposição do contribuinte na repartição competente. Preliminar rejeitada. (...) XV - Apelação parcialmente conhecida e improvida."

O apelante não veiculou em seu recurso qualquer alegação a respeito do débito em si, direcionando sua insurgência apenas em relação aos encargos devidos.

Os juros moratórios incidem sobre o débito principal, devidamente corrigido, como forma de compensar o credor pela falta de rendimento do capital deixado de ser angariado no momento oportuno (Apelação Cível nº 2002.03.99.039946-7, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, DJF3/CJ1 de 23/11/2009, p. 721), a teor do que previsto no artigo 161 do Código Tributário Nacional, *in verbis*: "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta (...) § 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento ao mês)."

Assim, porque compatível com o Código Tributário Nacional, os juros de mora devem ser aplicados.

No caso, conforme prevê o § 1º, do artigo 161, do CTN, os juros de mora de 1% ao mês são aplicáveis somente se a lei não dispuser de modo contrário e a Lei 9.065/95, artigo 13, dispôs sobre a aplicação da taxa SELIC. Não há qualquer inconstitucionalidade na taxa SELIC. Desta forma vem sendo reiteradamente decidido pelos nossos tribunais.

Neste sentido:

"Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 881328 Processo: 200261820087231 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 13/12/2004 Documento: TRF300088862 Fonte DJU DATA: 12/01/2005 PÁGINA: 474 Relator(a) JUIZ CARLOS MUTA

Decisão A Turma, por maioria, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal MÁRCIO MORAES que dava-lhe provimento.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLÊNCIA. INFRAÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DA LEI, ESTATUTO OU CONTRATO SOCIAL. ARTIGO 135, III, CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO EMBARGANTE. QUADRO SOCIAL. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL POSTERIOR AOS DÉBITOS EM EXECUÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. INVOCAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

(...)

7. A aplicação da Taxa SELIC, nos débitos fiscais vencidos, não violava a antiga redação do § 3º do artigo 192 da Carta Federal, aplicável a casos específicos e dependente de regulamentação, nem contraria qualquer preceito constitucional ou legal, dentre os invocados, considerando que o próprio artigo 161, § 1º, do CTN, outorga à lei ordinária a atribuição de fixar outro critério para a cobrança de juros moratórios.

(...)

9. Precedentes." (g.n.)

Por outro lado, não cabe a invocação do limite constitucional de juros de 12% previsto no art. 192, § 3º da CF, já revogado pela Emenda Constitucional 40/2003. Isso porque a norma constitucional dizia respeito à concessão de crédito no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, conforme se depreendia do seu texto e do capítulo em que estava inserido. Além disso, a jurisprudência é pacífica no sentido de que a norma limitadora da taxa de juros reais, insculpida no art. 192, § 3º, da CF, não era auto-aplicável, consolidando-se na v. Súmula nº 648, do STF, *in verbis*:

Súmula 648, STF: "A NORMA DO § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICABILIDADE CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR."

Por fim, irretorquível a sentença quanto à condenação do embargante na pena de litigância de má-fé. Verifica-se na inicial, ao contrário do afirmado na apelação, que os embargantes alegam: "(...) lançamento de débito confessado, coisa que nunca aconteceu, pois os Embargantes, em momento algum apresentou qualquer confissão de tais valores executados.", fls. 05/06.

Quanto aos honorários, ficam mantidos os fixados na sentença.

Isto posto, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013042-18.2001.4.03.6126/SP
2001.61.26.013042-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : SIDERURGICA COFERRAZ S/A massa falida
ADVOGADO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JOSE CARLOS GOMES
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Siderúrgica Coferraz S/A massa falida contra sentença de fls. 48/51, que julgou improcedentes os embargos à execução, condenando a embargante, ora apelante, ao pagamento da verba honorária de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

Alega-se, em síntese, a ilegitimidade ativa para a execução; habilitação dos créditos junto à Justiça do Trabalho, que impossibilita a presente ação; e impossibilidade da cobrança de honorários advocatícios da massa falida (fls. 58/59).

Oferecidas contrarrazões (fls. 66/75).

É o relatório.

Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Não assiste razão à apelante.

Não há que se falar em ilegitimidade da Caixa Econômica Federal - CEF para execução de créditos relativos ao FGTS, visto que decorre de expressa previsão legal (art. 2º, § 2º da Lei n. 8.844/94) e de convênio firmado entre a CEF e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em 22/06/95.

O apelante se insurge contra a presente execução, visto que teria havido habilitação dos créditos dos empregados junto ao juízo trabalhista. No entanto, o apelante não junta prova do alegado, contrariando o art. 333, I do Código de Processo Civil:

*PROCESSUAL CIVIL. FGTS. SENTENÇA DE CONHECIMENTO. CONDENAÇÃO EM EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NO PERÍODO. ARTS. 282, 283 E 333, I, DO CPC. CONDIÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO NA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Em execução de sentença que reconheceu o direito aos expurgos inflacionários de 1989 (janeiro) e 1990 (abril), extinguiu-se o feito com base no art. 267, VI, do CPC, por não se ter provado a existência de depósitos no período. 2. Ausentes extratos a comprovarem saldo na conta fundiária, cópias da CTPS revelam a admissão na CEMIG em 03/04/1967 e 01/02/1983, sem que haja registros de dispensa. Todavia, cópia de ata de audiência relativa à reclamação trabalhista ajuizada pelo Apelante mostra sua demissão da CEMIG em 1987, à qual foi reintegrado por decisão judicial somente em 1992. O hiato verificado permite presumir, à míngua de extratos, a inexistência de depósitos. 3. **Nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.** 4. Se o conjunto probatório se revela insuficiente à demonstração do direito executado, o caminho a ser seguido é a extinção da execução por carência. (grifo nossos)*

(TRF da 1ª Região, AC AC 200238000489038, Rel. Juiz Fed. Conv. Evaldo de Oliveira Fernandes)

Não procede a alegação de que não são devidos honorários advocatícios pela massa falida, sendo devidos pela parte sucumbente por força do disposto do art. 29 da Lei n. 6.830/80 c. c. o art. 187 do Código Tributário Nacional e do art. 20 do Código de Processo Civil. Nessa esteira, é assente a jurisprudência dominante:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. ART. 208, § 2º, DO DECRETO-LEI 7.661/45. INAPLICABILIDADE. ÊXITO PARCIAL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. No âmbito da execução fiscal, bem como dos respectivos embargos à execução, é cabível a condenação da massa falida ao pagamento de honorários advocatícios, não se aplicando o disposto no art. 208, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45. A matéria é regida pelo art. 29 da

Lei 6.830/80, combinado com o art. 187 do CTN. Precedentes. 2. No caso, a massa falida logrou êxito parcial nos embargos à execução, na medida em que o apelo especial foi provido para excluir a multa moratória e determinar que são devidos juros de mora anteriormente à decretação da quebra e, após esta, ficam eles condicionados à suficiência do ativo da massa para o pagamento do principal.

(...)

(STJ, RESP 200800289119, Rel. Min. Castro Meira)

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - POSSIBILIDADE DE A CEF "REPRESENTAR O FGTS" NAS COBRANÇAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS RELATIVAS A ESSA CONTRIBUIÇÃO E SEUS ACESSÓRIOS - DESNECESSIDADE DE A EXEQÜENTE APRESENTAR COM A INICIAL DE EXECUÇÃO OS NOMES DOS EMPREGADOS DA EMPRESA QUE TERIAM SIDO PREJUDICADOS COM O NÃO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA MASSA FALIDA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

(...)

IV - O Superior Tribunal de Justiça possui posição majoritária que admite como legítima a cobrança de honorários advocatícios da massa falida em execuções fiscais. Neste sentido: REsp n.º 238.158/PR e AgRg no Ag 749799/PR. V - Apelação não provida.

(TRF da 3ª Região, AC 200703990055065, Rel. Des. Johansom Di Salvo)

Ante o exposto, **NEGO SEGUIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo sem recursos, retornem os autos à origem, dando-se baixa na Distribuição. Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011991-95.2001.4.03.6182/SP

2001.61.82.011991-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : J V V CONSTRUÇOES S/C LTDA -ME
ADVOGADO : FERNANDO FERRACCIOLI DE QUEIROZ e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por J V V Construções S/C Ltda ME, por meio do qual combate sentença que extinguiu os embargos ante a ausência de garantia do Juízo.

Contrarrazões apresentadas.

Decido.

Assiste razão ao ilustre magistrado, uma vez que, conforme afirmado pelas partes, o Juízo não aceitou penhora sobre os bens oferecidos. Aliás, indica o Juízo, o embargante não chegou a oferecer bens próprios livres para efetivação da garantia.

Ora, na medida em que a penhora não se consumou, os embargos não poderiam mesmo ser recebidos.

Posto isso, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021597-79.2003.4.03.6182/SP

2003.61.82.021597-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : AUTO POSTO NEW CAR DERIVADOS DE PETROLEO E COM/ LTDA
ADVOGADO : ANTONIO SERGIO DA SILVEIRA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Auto Posto New Car Derivado e Petróleo Ltda., por meio da qual pretende a reforma da sentença que indeferiu a petição inicial dos embargos à arrematação, alegando que não houve intimação para sanar as irregularidades existentes.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo abarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

O apelante foi intimado por meio da imprensa oficial a sanar irregularidades na petição inicial dos embargos, sob pena de extinção do feito. No entanto, não cumpriu integralmente o determinado.

Visando regularizar sua representação processual, o embargante juntou aos autos apenas o instrumento de procuração e alteração do contrato social, sem, contudo, apresentar cópia do original deste.

O contrato social é essencial à propositura da ação, pois juntamente com sua alteração, é que se pode demonstrar quem exerce regularmente a representação legal da empresa.

Ainda, o embargante deixou também de recolher corretamente as custas, pois apesar de recolhê-las, o fez a menor.

Frise-se que o apelante teve oportunidade para sanar tais irregularidades, pois lhe foi dado prazo para tanto através de intimação pela imprensa oficial conforme se vê às fls. 12, verso; ademais desnecessária a intimação pessoal.

Neste sentido:

AC 200361820100884 - APELAÇÃO CÍVEL - 956472

Relator JUIZ MAIRAN MAIA

Sigla do órgão TRF3

Órgão julgador SEXTA TURMA

Fonte DJU DATA:08/10/2004 PÁGINA: 385

Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a Sexta Turma do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À ARREMATAÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE. 1. Determinada a emenda no prazo estabelecido pelo art. 284, "caput", o autor não cumpriu a diligência, ensejando o indeferimento da petição inicial. 2. Desnecessária a intimação pessoal da parte, porquanto a situação não representa as hipóteses previstas no artigo 267, II e III, do CPC. 3. Apelação improvida.

A apelação interposta nos presentes embargos à arrematação, portanto, é manifestamente improcedente.

Posto isso, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0063686-83.2004.4.03.6182/SP
2004.61.82.063686-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : PETROGRAFH OFF SET MAQUINAS IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : HEDY L V DE A BAPTISTA DA SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Petrograph Off Set Maquinas Ind/ e Com/ Ltda., em face da sentença que declarou extinto o processo sem julgamento do mérito, por conta de ausência de garantia da execução fiscal. Nas razões, a apelante combate especificamente a taxa SELIC.

Contrarrazões apresentadas.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente, pois não combate a sentença, propriamente, mas uma suposta decisão de mérito, que, evidentemente, não existiu.

Ademais, conforme ressaltado pelo ilustre julgador, a garantia da execução é pressuposto processual para o recebimento dos embargos.

Posto isso, na forma do artigo 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

Expediente Nro 7330/2010

00001 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0013600-24.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.013600-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
PARTE AUTORA : RADIO E TELEVISAO BANDEIRANTES LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE DE ALENCAR BARROSO
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Remessa Oficial de sentença (fls. 754/758) que concedeu a segurança em Mandado impetrado com o objetivo de obter a expedição de Certidão Positiva de Débitos, com efeitos de negativa, ante a existências de causas suspensivas de exigibilidade em relação às NFLDs nºs 35.435.778-6, 35.435.779-4, 35.435.794-8 35.435.795-6, 35.435.914-2, 35.435.784-0, 35.592.122-7, 35.002.653-0, 35.002.654-8, 35.002.656-4, 35.002.657-2, 35.002.658-0 e 35.002.651-3.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório e, sendo pacífica a matéria, passo a julgar na forma do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

O direito à obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, prevista pelo art. 206, do CTN, pressupõe a existência de débitos com a exigibilidade suspensa por qualquer das causas descritas no artigo 151 do mesmo diploma legal (moratória; depósito integral do valor; reclamações e recursos administrativos; concessão de medida liminar em mandado de segurança; concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e, por fim, o parcelamento) ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. ARTIGO 206, DO CTN.

I - A obtenção de certidão, documento que reproduz dados e informações constantes dos arquivos de uma repartição pública, independentemente do pagamento de taxas, é assegurada pela CF, artigo 5º, inciso XXXIV, "b" e reiterada no artigo 205 do CTN.

II - O direito à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa está previsto no artigo 206, do CTN, pressupondo a suspensão da exigibilidade do crédito, seja pela penhora nos autos da própria execução, seja pela presença de qualquer das causas de suspensão previstas no artigo 151, do mesmo diploma legal.

III - A negativa da certidão, quando demonstrada a suspensão da exigibilidade da pendência apontada pela autoridade coatora, afronta direito da impetrante, amparado por previsão constitucional, fazendo jus o contribuinte à obtenção de certidão em relação aos débitos de PIS e COFINS.

IV - Quanto ao débito de IRRF, os documentos apontados não são suficientes para indicar extinção do crédito tributário, daí porque, em relação a tal dívida, não faz jus a impetrante à certidão.

V - O interesse processual na obtenção do provimento jurisdicional persiste ainda que a liminar concedida em primeiro grau tenha caráter satisfativo, haja vista os efeitos jurídicos produzidos pela emissão da CND, inclusive com relação a terceiros.

VI - Remessa oficial e apelação parcialmente providas."

(TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 283880 Processo: 200461000344273 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA Rel. Des. Fed. ALDA BASTO DJU DATA:15/08/2007 PÁGINA: 293).

No presente caso, as provas existentes nos autos demonstram a existência de penhora, o que autoriza a concessão da ordem.

As NFLDs nºs 35.002.653-0, 35.002.654-8, 35.002.656-4, 35.002.657-2, 35.002.658-0 e 35.002.651-3, conforme informado pela Secretaria da Receita Federal às fls. 578/580 não constituem óbice à expedição de certidão positiva com efeito de negativa.

Já as NFLDs nºs 35.435.778-6, 35.435.779-4, 35.435.794-8 35.435.795-6, 35.435.914-2 e 35.592.122-7, nos termos da decisão administrativa de fls. 606/607, a Procuradoria da Fazenda Nacional reconhece a suspensão de exigibilidade em razão de decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.61.00.006110-7 - 1ª Vara Federal Cível/SP.

Por fim, quanto à NFLD nº 35.435.784-0, foi acostado aos autos certidão de inteiro teor referente à Execução Fiscal nº 2005.61.82.047213-9 (fl. 643), relatando a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do Código de Processo Civil, **CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL PARA CONFIRMAR A R. SENTENÇA.**

P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004795-92.2003.4.03.6121/SP
2003.61.21.004795-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CELSO ALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSE ALVES DE SOUZA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TAUBATE - 21ª SSSJ - SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DECISÃO

Cuida-se de ação proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social em que o autor insurge-se contra a exigência de contribuição previdenciária sobre o salário de trabalhador aposentado que continua no vínculo empregatício, nos termos da Lei nº 9.032/95 que acrescentou o § 4º ao art. 12 da Lei nº 8.212/91, visando a repetição dos valores indevidamente recolhidos pela empregadora após a concessão da aposentadoria. Requereu ainda a assistência judiciária gratuita nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

Às fls. 18 foram deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Na sentença de fls. 39/42 a d. Juíza *a quo* julgou procedente o pedido inicial para declarar a ilegalidade da contribuição previdenciária prevista no § 4º do art. 12 da Lei nº 8.212/91, condenando a ré a restituir os valores recolhidos após a concessão da aposentadoria, corrigidos monetariamente segundo os critérios do Provimento nº 26 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condenação ao pagamento da verba honorária fixada em 10% da condenação. Custas na forma da lei. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Inconformado com a r. sentença o Instituto Nacional do Seguro Social interpôs recurso de apelação às fls. 46/50, argumentando a legalidade da exigência da contribuição previdenciária prevista no § 4º do art. 12 da Lei nº 8.212/91, pleiteando a reforma da sentença e por conseguinte a inversão dos ônus da sucumbência.

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

DECIDO.

Discute-se nos autos a exigência de contribuição previdenciária sobre o salário de trabalhador aposentado que continua no vínculo empregatício, nos termos da Lei nº 9.032/95 que acrescentou o § 4º ao art. 12 da Lei nº 8.212/91, pleiteando o autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

Todo aquele que se insere em vínculo laborativo deve contribuir para a Previdência Social, seja o empregador, seja o empregado (art. 195, I e II da Constituição Federal); certo é que com a Emenda nº 20 de 15/12/1998 assegurou-se ao lado da universalidade de contribuição que a mesma não incidiria sobre a renda mensal de aposentadoria.

Mas não há óbice constitucional a incidência sobre aquilo que o já aposentado percebe se voltar a trabalhar ou continuar trabalhando. Tornando-se ou permanecendo empregado após a aposentadoria por tempo de serviço ressurgem o ônus de contribuir para a Previdência Social.

As contribuições previdenciárias têm natureza tributária; isso ninguém mais nega. Assim, pode o Poder Público excluir o crédito decorrente do dever de pagar contribuições através de isenção ou anistia (art. 175 do Código Tributário Nacional).

No caso a Lei nº 8.870/94 isentava o aposentado de contribuir sobre o salário-de-contribuição decorrente da relação de trabalho mantida ou pós-constituída em seguida a aposentação.

Isenção que não é concedida por prazo certo ou em função de certas condições pode ser revogada por lei "a qualquer tempo" (art. 178 do Código Tributário Nacional).

Portanto, o atual § 4º do art. 12 da Lei nº 8.212/91 cancelou a isenção que existia ao estipular que o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que estiver exercendo ou voltar a exercer atividade abrangida por este regime é segurado obrigatório, ficando sujeito ao dever de contribuir para o custeio da Seguridade Social.

O legislador optou por cancelar a isenção que tinha nítido caráter "político" cabendo ao Poder Público eleger as finalidades que a justificam para além da mera capacidade contributiva que, aliás, o aposentado que retorna ao trabalho possui.

Não ocorreu qualquer retroatividade da lei nova e sim o cancelamento de uma isenção. A lei isentiva vigia enquanto outra não sobrevier para alterá-la; mas não há direito perene a uma isenção que, todos sabemos, não se confunde com imunidade.

Na esteira do que aqui se decide, podem ser colacionados acórdãos desta e. Corte:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - APOSENTADO POR TEMPO DE SERVIÇO QUE CONTINUA TRABALHANDO OU RETORNA AO TRABALHO - ART. 12, § 4º, DA LEI 8212/91 - ART. 2º DA LEI 9032/95 - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. O art. 12, § 4º, da Lei 8212/91, com redação dada pelo art. 2º da Lei 9032/95, não ofende o disposto no art. 195, § 4º, e art. 154, I, da CF/88, visto que não constitui uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social, mas está incluída na contribuição social do trabalhador, a que se refere o "caput" e inciso I do referido dispositivo constitucional.

2. O trabalhador aposentado por tempo de serviço, que continua trabalhando ou retorna à atividade produtiva incluída no Regime da Previdência Social, reassume a condição de segurado e contribuinte obrigatório, sujeitando-se às contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social.

...

6. Não há que se falar em confisco, pois a contribuição exigida do aposentado que volta ao trabalho não é excessiva a ponto de impedir o provimento de suas necessidades e a manutenção de uma vida digna.

7. Recurso improvido. Sentença mantida.

(AC nº 1165219, Proc. 200561190066294/SP, 5ª Turma; Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJ 06/06/2007)

PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INATIVIDADE REINGRESSO - RGPS - POSSIBILIDADE - ISENÇÃO DIREITO ADQUIRIDO - INEXISTÊNCIA.

1. Não há vício de inconstitucionalidade na contribuição do trabalhador inativo que se aposentou pelo Regime Geral da Previdência Social e reingressou ao mercado de trabalho, na condição de segurado obrigatório pela legislação previdência em vigor.

2. A contribuição social destinada para Seguridade Social rege-se pelo princípio constitucional da solidariedade, não tendo, portanto, natureza contraprestacional.

3. Determinando a Constituição Federal que a manutenção do órgão responsável pela prestação de assistência social é de responsabilidade de toda a sociedade, não há direito adquirido de isenção ao aposentado que retorna ao mercado forma de trabalho.

4. Recurso de apelação improvido.

(AC nº 1104816, Proc. 200361000204320/SP; 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, DJ 1º/12/2006)
PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHADOR APOSENADO POR TEMPO DE SERVIÇO QUE
RETORNA AO TRABALHO. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. LEI 8.212/91, ART. 12, §4º. CONTRIBUINTE
OBRIGATÓRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. O artigo 195 da Constituição Federal dispõe que a seguridade social
será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei. Cuida-se do princípio da
solidariedade, pelo qual se pretende reunir esforços para financiamento de uma atividade estatal complexa e universal,
tal qual é a seguridade.

2. Quem contribui para a seguridade financia todo o sistema e não visa necessariamente a obtenção de um benefício em
seu proveito particular. O artigo 18, §2º da Lei 8.212/91 prevê que o aposentado pelo Regime Geral de Previdência
Social - RGPS - que permanecer em atividade sujeita ao citado regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação
alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação
profissional, quando empregado, não havendo aí nenhuma ofensa ao princípio da isonomia.

3. O instituto que permitia a devolução das contribuições recolhidas pelo segurado aposentado que retornasse ao
trabalho era o pecúlio, que foi retirado do ordenamento jurídico pelas Leis 9.032/95 e 9.219/95, ao revogarem os artigos
81/85 da Lei 8.213/91.

4. Por outro lado a isenção do aposentado de contribuir sobre o salário quando retornasse ao trabalho após ter se
aposentado, instituída pela Lei 8.870/94, foi revogada pela a Lei 9.032/95, que acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 12
da Lei 8.212/91. Assim, extinguiu-se o pecúlio, mas manteve-se a contribuição sobre o salário do aposentado-
empregado.

5. Inexiste possibilidade de restituição.

6. Apelação e remessa oficial providas, invertendo-se os ônus da sucumbência, em favor da autarquia, observados os
termos do art. 12 da Lei 1060/50, em razão da existência de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

(AC nº 1070982, Proc. 200361210007890, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, DJ 31/08/2006)

Por fim, invertida a sucumbência, a parte autora pagará honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (§ 4º
do art. 20 do Código de Processo Civil) e suportará as custas. Entretanto, por ser a parte sucumbente beneficiária da
justiça gratuita, a execução ficará suspensa pelo prazo de 5 anos, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Desta forma, encontrando-se a decisão recorrida em confronto com jurisprudência dominante deste e. Tribunal, deve ela
ser reformada.

Pelo exposto, com fulcro no que dispõe o artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **dou provimento ao recurso
e à remessa oficial.**

Decorrido o prazo legal remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00003 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001506-16.2000.4.03.6103/SP
2000.61.03.001506-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : ARAYA DO BRASIL INDL/ LTDA e outro.

ADVOGADO : NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES

APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de ação declaratória ajuizada por ARAYA DO BRASIL INDL/ LTDA em face do Instituto Nacional do
Seguro Social, hoje sucedido pela União, objetivando a exclusão da multa moratória incluída em razão de
recolhimentos de contribuições previdenciárias efetuados em atraso. Afirma ser o caso de denúncia espontânea, a teor
do disposto no artigo 138 do Código Tributário Nacional. Requer a compensação dos valores pagos indevidamente a
título de multa com impostos e contribuições vincendos.

O feito foi contestado (fls. 147/151).

A r. sentença de fls. 190/200 julgou parcialmente procedente o pedido para afastar a incidência da multa moratória,
reconhecendo o direito à compensação do valor recolhido indevidamente, observada a prescrição decenal, a limitação
prevista no artigo 89, §3º, da Lei nº 8.212/91 e o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. A
importância deverá ser corrigida monetariamente de acordo com o Provimento nº 26/01 da COGE até 1º/01/1996 e,

partir de então, pela Selic. Condenação da autarquia ao pagamento de verba honorária fixada em 10% do valor da condenação. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição. A autora apela para que seja afastada a limitação do artigo 89, §3º, da Lei nº 8.212/91 e a aplicação do artigo 170-A do CTN (fls. 204/215).

Apela o INSS sustentando que a situação descrita nos autos não se enquadra nas hipóteses de denúncia espontânea. Aduz o cabimento de multa moratória e que a compensação deve observar as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal. Alega que a correção monetária deve utilizar os mesmos critérios adotados pela autarquia na cobrança de tributos, bem como requer a redução da verba honorária fixada (fls. 222/244)

Com contrarrazões de apelação (fls. 242/252 e 261/282), os autos foram remetidos a este Tribunal e distribuídos a esse Relator.

Decido.

Verifico que inexistente a menor sombra de denúncia espontânea na conduta da empresa autora, ora apelante. Sucede que as contribuições são tributos sujeitos a lançamento por homologação, ou seja, são daqueles em que o contribuinte tem o dever acessório de declarar ao Fisco por documento adequado e efetuar o pagamento antecipado. Nessa realidade jurídico-fiscal não há espaço para denúncia espontânea, como assentou o colendo STJ, *verbis*: O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(**Súmula 360**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

A propósito, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça tem autorizado o julgamento monocrático dos recursos que tratam da matéria, inclusive porque a questão foi submetida aos ditames do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (grifei):

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO EM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. SÚMULA 360/STJ. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME IMPLEMENTADO PELO DO ART. 543-C DO CPC (RECURSOS REPETITIVOS).

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional em face de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - CONFIGURAÇÃO - EXCLUSÃO DA MULTA - MODO DE DEVOLUÇÃO DO INDÉBITO.

A denúncia espontânea da infração exclui o pagamento de qualquer penalidade, tenha ela a denominação de multa moratória ou multa punitiva. A única exigência do art. 138 do CTN é que a confissão da dívida não seja precedida de processo administrativo ou de fiscalização tributária, tendo em vista que, nessas hipóteses, o contribuinte não age com espontaneidade, que é justamente o que o legislador pretendeu privilegiar.

Em suas razões, o recorrente sustenta ter havido violação aos artigos: 138 do Código Tributário Nacional (CTN) e 35, I da Lei 8.212/91. Aduz, em apertada síntese, que não é de ser aplicável o benefício previsto no referido artigo 138 do CTN para a hipótese de recolhimento das contribuições previdenciárias em atraso.

O recurso especial não foi admitido na origem. Esta decisão posteriormente foi revertida por força de agravo de instrumento.

É o relatório. Passo a decidir.

O acórdão da origem afirmou que o Código Tributário Nacional, para o caso em análise, estabelece a exclusão da multa de mora. Atestou ainda, a Corte de origem, que verificou-se o pagamento integral do tributo não tendo havido prévia fiscalização para a cobrança dos tributos recolhidos.

Assim, tenho que a insurgência prospera.

Com efeito, nas hipóteses em que o contribuinte declara e recolhe com atraso tributos sujeitos a lançamento por homologação, não se aplica o benefício da denúncia espontânea e, por conseguinte, não se exclui a multa moratória.

Consoante salientado na decisão ora atacada, o tema já foi objeto de apreciação por esta Corte tendo gerado o enunciado n. 360 da Súmula do STJ, mantida, após amplo debate com todos os interessados, pela Seção por ocasião da apreciação e julgamento do Recurso Especial n. 962.379 - RS, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, representativo de controvérsia (nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil), passando a ter, inclusive, eficácia vinculante em relação às instâncias ordinárias. Confirma o julgado:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTOS DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE E PAGOS COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. **Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008).**

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2009.

(RECURSO ESPECIAL Nº 780.517 - SC (2005/0147706-0, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data Publicação 05/11/2009)

Com efeito, o instituto da denúncia espontânea não visa favorecer o atraso do pagamento do tributo, daí porque não se aplica ao caso dos autos.

Assim, não há como considerar indevida a multa de mora, que decorre do não cumprimento da obrigação no prazo estipulado, sempre devida quando o pagamento é efetuado a destempo, nada tendo a ver com o artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Face à legalidade da aplicação da multa de mora, resta prejudicado o pedido de compensação pleiteado.

Conseqüentemente, condeno a parte autora a pagar verba honorária fixada em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Desta forma, como a matéria posta a deslinde já se encontra assentada em súmula de Tribunal Superior, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **dou provimento à apelação da autarquia e à remessa oficial, bem como nego seguimento ao apelo da autora**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com o trânsito, dê-se baixa e remeta-se os autos ao r. juízo de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00004 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0012407-56.2008.4.03.6105/SP

2008.61.05.012407-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
PARTE AUTORA : GEVISA S/A
ADVOGADO : EDIMARA IANSEN WIECZOREK e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de apelação em reexame necessário, em face de decisão (fls. 141/143v) que, em autos de ação cautelar, julgou procedente o pedido da requerente para antecipação da garantia do débito relativo à NFLD nº 37.187.011-9, pendente de execução fiscal, mediante o oferecimento de imóvel em caução (matrícula nº 67439), a fim de obtenção de certidão positiva com efeito de negativa.

Decido.

O artigo 206 do CTN assegura ao devedor, quando a execução está devidamente garantida, que lhe seja expedida certidão positiva com efeitos de negativa.

A despeito da ausência de previsão relativa ao arrolamento de bens em garantia do crédito tributário nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário elencadas no art. 151 do CTN, enquanto não ajuizado o processo de execução, o contribuinte não pode ficar sem alternativa para garantir o débito fiscal, visto que tal situação lhe causa profundos prejuízos econômicos, pois o desenvolvimento da sua atividade empresarial resta interditado naquelas hipóteses legais em que a apresentação da certidão negativa é imprescindível à concretização de negócios. Deveras, não pode ser imputado ao requerente que tem condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida o prejuízo pela demora da Administração em ajuizar a execução fiscal para cobrança do débito tributário.

É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, por meio do oferecimento de bens em ações cautelares, até o ajuizamento da execução fiscal própria e a conversão dessa garantia provisória e cautelar em penhora, caso assim decida o juízo da Execução Fiscal.

Do contrário, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. Ausente o prequestionamento do dispositivo legal apontado, inviável o processamento do Recurso Especial.

Não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de ação cautelar, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário. Do contrário, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda. Precedente.

Recurso Especial não conhecido."

"CAUTELAR. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO REAL PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA.

A jurisprudência mais atual desta Corte e do STJ aceita o arrolamento de bens por meio de ação cautelar para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ao fundamento de que o contribuinte pode sofrer prejuízo com a demora da Fazenda Pública em ajuizar executivo fiscal. Com este expediente, antecipam-se os efeitos que seriam obtidos apenas após formalizada a penhora na execução, pois a garantia do juízo implica suspensão da exigibilidade do crédito exequendo, possibilitando a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN."

(STJ, Resp n. 524.962-SC, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, publicado em 09.12.2003).

Saliente-se que o oferecimento de bens em garantia de débito fiscal pendente de execução, formulado em ação cautelar, tem o condão de facultar à obtenção da certidão positiva com efeito de negativa.

Trago julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO REAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A despeito de não estar prevista nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário elencadas no art. 151 do CTN, a caução pode ser oferecida pelo contribuinte como forma de garantia, antes do ajuizamento do executivo fiscal, antecipando-se, assim, os efeitos da penhora, com o intuito de obter a certidão positiva com efeito de negativa prevista no art. 206 do CTN.

2. No que tange à alegação de que a decisão agravada violou os princípios da legalidade e da separação dos poderes previstos nos arts. 2º, 5º, II e 146, III, "b", da Constituição Federal de 1988, não é possível a esta Corte a sua análise, sob pena de usurpar-se a competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não-provido".

(AgRg no REsp 948298 / SC, 2ª Turma, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 06/02/2009).

"TRIBUTÁRIO - CAUÇÃO - AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA - POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência majoritária da Primeira Seção do STJ permite ao contribuinte, antes do ajuizamento da execução fiscal, oferecer caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa.

2. Precedentes: (AgRg no REsp 924.645/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 2.10.2008; REsp 836.789/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.6.2008, DJ 27.6.2008; EREsp 710.421/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28.3.2007, DJ 6.8.2007).

Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp 898412 / RS, 2ª Turma, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 13/02/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE DÉBITO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. GARANTIA DO JUÍZO. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO DE IMÓVEL. POSSIBILIDADE. DECISÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial.

2. O acórdão a quo garantiu o direito da parte recorrida à obtenção de Certidão Positiva de Débito, tendo em vista o oferecimento de caução em medida cautelar.

3. Entendimento deste Relator no sentido de que: - com relação à possibilidade de se garantir o crédito por meio da ação cautelar, não visualizava óbice para tanto, visto que, pela necessidade premente da obtenção da CND, a via escolhida é de toda adequada, encontrando respaldo no ordenamento jurídico e na jurisprudência desta Corte (REsp n.ºs 686075/PR, 536037/PR, 424166/MG e 99653/SP). Dessa forma, sobre a garantia do juízo, seguia a posição no sentido da possibilidade de se oferecer caução em bens a fim de permitir a emissão de certidão positiva de débito tributário com efeito de negativa; - porém, tendo em vista pronunciamentos da egrégia 1ª Turma do STJ em sentido contrário, revi minha posição, a fim de externar que somente em dinheiro seria possível a caução pretendida.

4. No entanto, há que se levar em conta que o tema em discussão já foi novamente modificado pela egrégia 1ª Seção, desta feita corroborando o entendimento inicial deste Relator. Decidiu-se que 'é possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN). O depósito pode ser obtido por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução. Depósito que não suspende a exigibilidade do crédito' (EResp n.º 815629/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ de 06/11/2006).

5. Na mesma linha: EREsp nº 545533/RS, 1ª S., Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 09/04/2007; EREsp nº 823478/MG, 1ª S., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05/03/2007; REsp nº 897169/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 10/05/2007; REsp nº 883459/RS, 1ª T., deste Relator, DJ de 07/05/2007; REsp nº 894483/RS, 1ª Turma, desta relatoria, DJ de 19/04/2007; REsp nº 885075/PR, 2ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 09/04/2007; REsp nº 867447/MG, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 08/03/2007; REsp nº 881804/RS, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 02/03/2007, entre outros.

6. Tendo em vista a nova posição assumida pela egrégia 1ª Seção desta Corte, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país, retorno à minha posição original, sendo esse o entendimento que passo a seguir.

7. Agravo regimental provido. Na seqüência, recurso especial não-provido".

(AgRg no REsp 931511 / DF, 1ª Turma, rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 03/09/2007, p. 145).

"TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. CAUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. VIABILIDADE.

1. É lícito ao contribuinte, antes do ajuizamento da execução fiscal, oferecer caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes.

2. Embargos de divergência não providos".

(EResp 710421 / SC, 1ª Seção, rel. p/ac. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 06/08/2007, p. 452).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do Código de Processo Civil, **CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL PARA CONFIRMAR A R. SENTENÇA.**

P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034495-02.2010.4.03.0000/MS

2010.03.00.034495-6/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : GERMANO ZAMPIERI NETO
ADVOGADO : AMANDA CASAL POMPEO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS
No. ORIG. : 00057773720104036000 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que manteve a exigibilidade da contribuição sobre a produção rural de pessoa física, prevista nos artigos 25, I e II, da Lei nº 8.212/91, com a alteração legislativa pela Lei nº 8.540/92, bem assim evitar a retenção imposta pelo art. 30 da Lei nº 8.212/91.

Em suas razões, a agravante sustenta que a contribuição previdenciária correspondente a 2,1% da receita bruta decorrente da comercialização de sua produção, com base nos aludidos dispositivos legais, é inconstitucional pelos seguintes argumentos:

1) A base de cálculo da contribuição referida não se enquadra no conceito de folha de salário, faturamento, receita ou lucro, previstos no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. Desta forma, por se tratar de nova fonte de custeio, a iniciativa de sua criação deveria ocorrer mediante a aprovação de Lei Complementar, nos termos do § 4º do art. 195 c/c art. 154, inciso I, ambos da Constituição Federal.

2) A única contribuição incidente sobre o resultado da comercialização da produção é a prevista no art. 195, § 8º, da CF, que faz referência apenas ao segurado especial, não incluindo outras classes de contribuintes.

Aduz, ainda, que a decisão proferida pelos ministros do Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 363.852 suspendeu a cobrança da referida contribuição.

A decisão do STF, de 03.02.2010 foi fundamentada no fato de que a alteração introduzida pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92 infringiu o § 4º do art. 195 da Constituição na redação anterior à Emenda 20/98, pois constituiu nova fonte de custeio da Previdência Social, sem a observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

Relatados, decido.

DIGRESSÃO HISTÓRICA

O Serviço Social Rural, criado pela Lei 2613/55, estabeleceu benefícios de caráter previdenciário para os trabalhadores rurais.

Para financiar o sistema, a mesma norma legal criou um adicional de 0,3% sobre os salários de contribuição devido pelos empregadores que contribuam, à época, para os Institutos (caixas) de Aposentadorias e Pensões existentes antes da unificação no Instituto Nacional de Previdência Social.

Posteriormente, a Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural) assegurou diversas garantias ao rurícola, custeadas pelo Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural, a cargo do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários - IAPI.

A Lei nº 4.863/65, no seu artigo 35, §2º, VIII, majorou para 0,4% a alíquota do já mencionado adicional.

O Decreto-lei nº 1.146/70 regulou, em seu artigo 3º, a referida majoração e deu novos contornos à matéria, dividindo em duas a receita até então existente (prevista na Lei nº 2.613/55, no art. 6º do Decreto-Lei nº 582/69 e no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.110/70): uma para o INCRA (50%) e outra para atender ao FUNRURAL (50%).

Como a contribuição era de 0,4% sobre os salários de contribuição, o rateio acabou fixado em 0,2% para cada um.

Conforme a LC 11/71 (posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 16/73 e pela Lei nº 7.604/87) o FUNRURAL passou a gerir um novo programa chamado PRORURAL, que ficou incumbido das prestações de aposentadoria elencadas no seu artigo 2º. O art. 15 estabeleceu as fontes de custeio do Prorural, no item I quanto à fixação da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor rural sobre o valor comercial dos produtos rurais e elevou, no item II, a contribuição prevista no art. 3º do Decreto-Lei nº 1.146 para 2,6%, cabendo 2,4% ao FUNRURAL:

O Decreto nº 83.081/79, III (redação alterada pelo Decreto nº 90.817/85) estabeleceu o custeio da Previdência Social do Trabalhador Rural pela contribuição da empresa em geral, vinculada à Previdência Social Urbana, à alíquota de 2,4%.

O serviço previdenciário ficou a cargo do FUNRURAL cujo sistema permaneceu até a edição da Lei 7787/89 que, obedecendo ao previsto nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal de 1988, unificou os sistemas urbano e rural de Seguridade Social. Destaco que a Lei nº 7.787/89 não revogou a contribuição sobre a comercialização dos produtos rurais (art. 15, II da LC nº 11/71), o que só ocorreu com a edição da Lei nº 8.213/91, que em seu art. 138 assim dispôs: "Ficam extintos os regimes de Previdência Social pela LC 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei n. 6.260, de 6 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário-mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei."

Com a edição das Leis nºs 8.212/91 - PCPS - Plano de Custeio da Previdência Social e Lei nº 8.213/91 - PBPS - Plano de Benefícios da Previdência Social, a contribuição sobre a comercialização de produtos rurais teve incidência prevista apenas para os segurados especiais (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar (Lei nº 8.212/91, Art. 12, VII e CF/88, Art. 195, § 8º), à alíquota de 3%.

O empregador rural pessoa física contribuía sobre a folha de salários, consoante a previsão do art. 22.

O art. 1º da Lei 8.540/92 deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei 8.212/91, cuidando da tributação da pessoa física e do segurado especial. A contribuição do empregador rural, antes sobre a folha de salários, foi substituída pelo percentual de 2% incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção rural para o pagamento dos benefícios gerais da Previdência Social, acrescido de 0,1% para financiamento dos benefícios decorrentes de acidentes de trabalho.

Quanto aos segurados especiais, a Lei nº 8.540/92 reduziu a sua contribuição de 3% para 2% incidente sobre a receita bruta da comercialização da produção rural e instituiu a contribuição de 0,1% para financiamento da complementação dos benefícios decorrentes de acidentes do trabalho, além de possibilitar a sua contribuição facultativa na forma dos segurados autônomos e equiparados de então.

O art. 30 impôs ao adquirente/consignatário/cooperativas o dever de proceder à retenção do tributo.

Confira-se:

Art. 12:

V-

a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária ou pesqueira, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos e com auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física e do segurado especial referidos, respectivamente, na alínea "a" do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada a Seguridade Social, é de:

I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

1º O segurado especial de que trata este artigo, além da contribuição obrigatória referida no caput poderá contribuir, facultativamente, na forma do art. 21 desta lei.

2º A pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12 contribui, também, obrigatoriamente, na forma do art. 21 desta lei.

3º Integram a produção, para os efeitos deste artigo, os produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos através desses processos.

4º Não integra a base de cálculo dessa contribuição a produção rural destinada ao plantio ou reflorestamento, nem sobre o produto animal destinado a reprodução ou criação pecuária ou granjeira e a utilização como cobaias para fins de pesquisas científicas, quando vendido pelo próprio produtor e quem a utilize diretamente com essas finalidades, e no caso de produto vegetal, por pessoa ou entidade que, registrada no Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, se dedique ao comércio de sementes e mudas no País.

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

III - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa são obrigadas a recolher a contribuição de que trata o art. 25, até o dia 2 do mês subsequente ao da operação de venda ou consignação da produção, independentemente de estas operações terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, na forma estabelecida em regulamento;

Posteriormente, veio a lume a Lei nº 8.870/94, a qual determinou, em seu artigo 25, que os empregadores rurais pessoas jurídicas também deixassem de recolher sobre a folha de salários e passassem a contribuir sobre a receita proveniente da comercialização de sua produção.

À guisa de esclarecimento, há, portanto, três diferentes tipos de contribuintes no âmbito rural, quanto ao que interessa neste feito, que contribuem sobre a receita advinda da comercialização da produção:

SEGURADO ESPECIAL (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar, nos termos da Lei nº 8.212/91, Art. 12, VII e CF/88, Art. 195, § 8º)

PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS (Lei nº 8.212/91, Art. 12, V, a)

PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA COM EMPREGADOS (Lei nº 8.870/94, Art. 25)

PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA COM EMPREGADOS

Como destacarei mais à frente, a contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física com empregados, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, substituiu a contribuição incidente sobre a folha de salários, a cujo pagamento estaria obrigado na condição de empregador.

De qualquer sorte, independentemente da forma de recolhimento, se nos termos do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 (folha de salários) ou sobre a comercialização da produção (artigo 25 da Lei nº 8.212/91), o empregador rural pessoa física também é segurado obrigatório, como contribuinte individual, nos termos do artigo 21, da Lei nº 8.212/91 e deve recolher tal contribuição.

Os ministros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciarem o RE 363.852, em 03.02.2010, decidiram que a alteração introduzida pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92 infringiu o § 4º do art. 195 da Constituição na redação anterior à Emenda 20/98, pois constituiu nova fonte de custeio da Previdência Social, sem a observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO - VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO - ANÁLISE - CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina - José Carlos Barbosa Moreira -, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS - PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS - SUB-ROGAÇÃO - LEI Nº 8.212/91 - ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL - PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 - UNICIDADE DE INCIDÊNCIA - EXCEÇÕES - COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PRECEDENTE - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo - considerações. (STF - RE 363.852 - Pleno - Relator Ministro Marco Aurélio - DJe-071 de 23/04/2010)

Trago trecho do voto proferido pelo relator, na parte relativa à necessidade de lei complementar para a criação de nova fonte de custeio:

(...) Ora, como salientado no artigo de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, houvesse confusão, houvesse sinonímia entre o faturamento e o resultado da comercialização da produção, não haveria razão para a norma do § 8º do artigo 195 da Constituição Federal relativa ao produtor que não conta com empregados e exerça atividades em regime de economia familiar. Já estava ele alcançado pela previsão imediatamente anterior - do inciso I do artigo 195 da Constituição. Também sob esse prisma, procede a irresignação, entendendo-se que comercialização da produção é algo diverso de faturamento e este não se confunde com receita, tanto assim que a Emenda Constitucional nº 20/98 inseriu, ao lado do vocábulo "faturamento", no inciso I do artigo 195, o vocábulo "receita". Então, não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar. O mesmo

enfoque serve para rechaçar a óptica daqueles que vislumbram, no artigo 25, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91, a majoração da alíquota alusiva à citada contribuição que está prevista na Lei Complementar nº 70/91. (...)

É importante para a solução da questão posta nestes autos limitar a decisão do STF ao seu real alcance:

- 1 - ela diz respeito apenas às previsões legais contidas nas Leis nºs 8.540/92 e 9.528/97;
- 2 - aborda somente as obrigações subrogadas da empresa adquirente, consignatária ou consumidora e da cooperativa adquirente da produção do empregador rural pessoa física (no caso específico o "Frigorífico Mataboi S/A").

O STF não tratou das legislações posteriores relativas à matéria, até porque o referido Recurso Extraordinário foi interposto na Ação Ordinária nº 1999.01.00.111.378-2, o que delimitou a análise da constitucionalidade da norma no controle difuso ali exarado.

Outro aspecto relevante é que o RE não afetou a contribuição devida pelo segurado especial, quanto à redução de contribuição prevista pelos mesmos incisos I e II, do artigo 25, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 8.540/92, como retro mencionado.

Portanto, não houve declaração de inconstitucionalidade integral da norma, mas apenas em relação ao fato gerador específico e à ampliação do rol de sujeitos passivos (contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física), permanecendo válidos e constitucionais os incisos I e II do artigo 25 da norma legal ventilada.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

A Emenda Constitucional nº 20/98 deu nova redação ao artigo 195 da CF/88 e permitiu a cobrança também sobre a receita de contribuição do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;*
- b) a receita ou o faturamento;*
- c) o lucro;*

Em face do permissivo constitucional (EC nº 20/98), a "receita" passou a fazer parte do rol de fontes de custeio da Seguridade Social. A consequência direta dessa alteração é que, a partir de então, foi admitida a edição de lei ordinária para dispor acerca da exação em debate nesta lide, afastando definitivamente a exigência de lei complementar como previsto no disposto do artigo 195, § 4º, com a observância da técnica da competência legislativa residual (art. 154, I).

LEI Nº 10.256/2001

Editada após a Emenda Constitucional nº 20/98, a Lei nº 10.256/2001 deu nova redação ao artigo 25 da Lei nº 8.212/91 e alcançou validamente as diversas receitas da pessoa física, ao contrário das antecessoras, Leis nº 8.540/92 e 9.528/97, surgidas na redação original do art. 195, I, da CF/88 e inconstitucionais por extrapolarem a base econômica vigente. Confirma-se a redação dada ao artigo 25 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 10.256/2001:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:

I - 2% (dois por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II - 0,1% (um décimo por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

INCISOS I E II DO ARTIGO 25 DA LEI Nº 8.212/91

Não cabe o argumento de que os incisos I e II foram declarados inconstitucionais e, portanto, inexistente a fixação de alíquota, o que tornaria a previsão do Caput "letra morta". Na hipótese, como mencionei anteriormente, não houve declaração de inconstitucionalidade integral da norma, mas apenas em relação ao fato gerador específico e à ampliação do rol de sujeitos passivos (contribuição sobre a receita bruta da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física), permanecendo válidos e constitucionais os incisos I e II do artigo 25 da norma legal ventilada quanto ao segurado especial.

Com a modificação do Caput pela Lei nº 10.256/2001, aplicam-se os incisos I e II também ao empregador rural pessoa física.

BITRIBUTAÇÃO

O empregador rural pessoa física não se enquadra como sujeito passivo da COFINS, por não ser equiparado à pessoa jurídica pela legislação do imposto de renda (Nota Cosit nº 243, de 04/10/2010), não se podendo falar, assim, em "*bis in idem*", mas apenas a tributação de uma das bases econômicas previstas no art. 195, I, da CF, sem qualquer sobreposição.

Confira-se o trecho que importa da mencionada nota expedida pela Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil:

(...)

3. *Seguem os dispositivos legais que tratam dos contribuintes da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:*

- *Lei Complementar nº 7, de 1970, art. 1º, § 1º:*

=*Art. 1º ...*

§ 1º Para os fins desta Lei, entende-se por empresa a pessoa jurídica, nos termos da legislação do Imposto de Renda, e por empregado todo aquele assim definido pela Legislação Trabalhista.'

- *Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 1º, caput:*

=*Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.'*

- *Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º, I:*

=*Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:*

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;'

- *Lei nº 10.637, de 2002, art. 1º, caput, combinado com o art. 4º:*

=*Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

(...)

Art. 4º O contribuinte da contribuição para o PIS/Pasep é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º.'

- *Lei nº 10.833, de 2003, art. 1º, caput, combinado com o art. 5º:*

=*Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

(...)

Art. 5º O contribuinte da COFINS é a pessoa jurídica que auferir as receitas a que se refere o art. 1º.'

4. *O Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999, o Regulamento do Imposto de Renda, dispõe no art. 150 sobre as pessoas físicas equiparadas a pessoas jurídicas:*

Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

I - as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea =a');

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea 'b');

III - as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos da Seção II deste Capítulo (Decreto-Lei nº 1.381, de 23 de dezembro de 1974, arts. 1º e 3º, inciso III, e Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, art. 10, inciso I).

5. *Não obstante a definição geral da referida equiparação pela legislação do Imposto de Renda, esta não se aplica no caso de atividade rural, tendo em vista o tratamento específico concedido à atividade rural através do art. 57 do Decreto nº 3000, de 1999, que afasta o dispositivo do inciso II do art. 150 do mesmo Decreto ao se utilizar da expressão 'apurado conforme o disposto nesta Seção?', em função do princípio da especialidade.*

'Seção VII Rendimentos da Atividade Rural

Art. 57. São tributáveis os resultados positivos provenientes da atividade rural exercida pelas pessoas físicas, apurados conforme o disposto nesta Seção (Lei nº 9.250, de 1995, art. 9º).

Subseção I Definição

Art. 58. Considera-se atividade rural (Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990, art. 2º, Lei nº 9.250, de 1995, art. 17, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 59):

I - a agricultura;

II - a pecuária;

III - a extração e a exploração vegetal e animal;

IV - a exploração da apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericicultura, piscicultura e outras culturas animais;

V - a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas a composição e as características do produto in natura, feita pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como a pasteurização e o acondicionamento do leite, assim como o mel e o suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação;

VI - o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à mera intermediação de animais e de produtos agrícolas (Lei nº 8.023, de 1990, art. 2º, parágrafo único, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 17).'

6. Portanto, conclui-se que, em razão do produtor rural pessoa física (empregador) não ser equiparado a pessoa jurídica pela legislação do Imposto de Renda, este mesmo produtor rural não se enquadra como contribuinte da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, não havendo incidência neste caso".

Não bastasse isso, a contribuição previdenciária do produtor rural pessoa física, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 8.212/91, vem em substituição à contribuição incidente sobre a folha de salários, a cujo pagamento estaria obrigado na condição de empregador, mas foi dispensado pela Lei nº 10.256/2001.

A outra contribuição que o empregador rural recolhe é a seguradora obrigatório, como contribuinte individual, nos termos do artigo 21, da Lei nº 8.212/91.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já apreciou hipótese semelhante à posta nesta ação:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

1- O STF, ao julgar o RE nº 363.852, declarou inconstitucional as alterações trazidas pelo art. 1º da Lei nº 8.540/92, eis que instituíram nova fonte de custeio por meio de lei ordinária, sem observância da obrigatoriedade de lei complementar para tanto.

2- Com o advento da EC nº 20/98, o art. 195, I, da CF/88 passou a ter nova redação, com o acréscimo do vocábulo "receita".

3- Em face do novo permissivo constitucional, o art. 25 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 10.256/01, ao prever a contribuição do empregador rural pessoa física como incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da sua produção, não se encontra eivado de inconstitucionalidade.

4- O prazo prescricional para a repetição do indébito tributário é de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário, consoante previsto no art. 168, caput, e inciso I, do CTN.

5- Segundo o disposto no artigo 3º da LC 118/05, para fins de interpretação da regra do prazo prescricional da repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário deve ser considerada como ocorrida na data do pagamento antecipado do tributo.

6- Para os recolhimentos ocorridos até 08/06/2005, aplica-se o prazo prescricional de 10 anos anteriores ao ajuizamento, limitado ao prazo máximo de cinco anos a contar da data da vigência da lei nova, e para os pagamentos havidos após 09/06/2005, o prazo prescricional é de cinco anos.

(TRF4 - AC 0002422-12.2009.404.7104 - Relatora Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, 1ª Turma, D.E. 12/05/2010).

RECOLHIMENTO

Nos termos do artigo 30, III, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 11.933/2009, cabe à empresa adquirente, consumidora ou consignatária e à cooperativa a obrigação de recolher a contribuição de que trata o artigo 25, da Lei nº 8.212/91 até o dia 20 do mês subsequente ao da operação de venda ou consignação da produção.

Em conclusão, são devidas as contribuições sociais incidentes sobre a receita bruta da comercialização de produtos pelo empregador rural pessoa física, a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.256/01.

Pelo exposto, **indefiro a antecipação dos efeitos da tutela recursal.**

Comunique-se o Juízo "a quo".

À contraminuta.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00006 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005779-69.2008.4.03.6002/MS
2008.60.02.005779-7/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO
APELANTE : VISTA ALEGRE ACUCAR E ALCOOL LTDA
ADVOGADO : MARCOS RODRIGUES PEREIRA e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE DOURADOS >2ªSSJ>MS
No. ORIG. : 00057796920084036002 2 Vr DOURADOS/MS

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **10/10/2008** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos **quinze (15) primeiros dias de afastamento** da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de **salário-maternidade, férias, adicional de 1/3 de férias e aviso prévio indenizado**, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal mediante incidência de correção monetária plena e de juros de mora a partir de cada recolhimento indevido, aplicando-se a Taxa SELIC desde janeiro/96, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91.

A r. sentença de fls. 261/267, concedeu **parcialmente** a segurança para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de exigir da impetrante o pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre **aviso prévio indenizado e terço constitucional de férias**. Autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente, a qual será regida pelo disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 e somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado, observando-se a prescrição dos valores recolhidos antes de 10/12/2003 (LC 118/2005), atualizados a partir da data do efetivo recolhimento com a aplicação da taxa SELIC. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante requerendo a reforma da r. sentença para afastar a incidência da contribuição patronal sobre os pagamentos feitos aos empregados nos quinze (15) primeiros dias de afastamento a título de auxílio doença ou acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade e férias. Sustenta a apelante, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Receita Federal mediante incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir de cada recolhimento indevido e a Taxa SELIC, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91 (fls. 284/323). Recurso respondido.

Apelou também a União requerendo a reforma da sentença. Insurge-se contra a parte da sentença que não reconheceu a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado e adicional de 1/3 de férias, bem como quanto a aplicação do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 (fls. 332/343).

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo parcial provimento do recurso da impetrante, da União Federal e da remessa oficial (fls. 380/395).

É o relatório.

Decido.

Reporta-se o presente mandado de segurança à declaração de inexigibilidade de contribuições à seguridade social incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença e auxílio acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade, férias, adicional de 1/3 de férias e aviso prévio indenizado, com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, a controvérsia noticiada diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre parcelas que a impetrante entende não configurariam contraprestação pelo trabalho, mas sim indenização.

A Constituição não faz referência apenas à folha de salários, mas também aos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, "a").

A contribuição da empresa será calculada, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, à razão de vinte por cento (20%) 'sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, destinadas a restituir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador'.

Efetivamente, a previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide "**sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título**", aqui abrangidas outras remunerações que não salário. Conforme entendia este relator a mera interrupção do contrato de trabalho nos quinze primeiros dias anteriores a eventual concessão de auxílio-doença não tira a natureza salarial do pagamento devido ao empregado, de modo que a verba haveria de sofrer imposição pela contribuição patronal, integrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Sempre pensei que o empregador paga esses quinze dias *ex lege*, não como indenização, pois para isso seria necessário se reconhecer de parte do empregador a causalidade de um ilícito. Também não paga esse valor como verba previdenciária, já que as prestações previdenciárias são originariamente pagas pelo Estado, sendo adimplidas *através do empregador*, com reembolso ou compensação, apenas quando a lei prevê.

Contudo, o entendimento favorável às empresas solidificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; na medida em que se trata da corte constitucionalmente apta a interpretar o direito federal, parece-me desarrazoado dissentir da sua jurisprudência pacífica sob pena de eternizar demandas.

Assim, resguardando meu pensamento próprio, em favor da impetração invoco os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. ...

2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. **Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.**

6. Recurso especial provido em parte.

(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE

INCONSTITUCIONALIDADE. MERA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. ...

2. **Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.**

3. Não há negativa de vigência aos artigos 60, § 3º, da Lei n. 8.213/91, 22, inc. I, e 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, tampouco a violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, mas apenas a interpretação dos referidos dispositivos legais. Não era pressuposto de tal conclusão a declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

4. ...

(ADRESP 200801478527, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/06/2010)

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação a outras parcelas pagas pelo empregador a que atualmente as cortes superiores não vêm emprestando a natureza de remuneração do trabalho.

Confira-se o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 389903 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento

RE-AgR 545317 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 207 e 688/STF. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITO FEDERAL. SÚMULA 282/STF.

1. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC no conteúdo do acórdão recorrido, pelo que se afasta a preliminar de sua nulidade.

2. Nenhuma dúvida remanesce quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) em virtude de sua natureza salarial. Súmulas 207 e 688/STF.

3. Inúmeros julgados oriundos das Primeira e Segunda Turmas deste STJ assentam-se na linha de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, além dos adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, arts. 41 e 49), integram o conceito de remuneração, sujeitando-se à contribuição previdenciária. Precedentes: Resp 805.072/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/02/2007; REsp 512848/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.09.2006; RMS 19.687/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23.11.2006; REsp 676.294/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.11.2006. E as decisões monocráticas: Resp 971.020/RS, Rel. Min.

Herman Benjamin, DJ 1º/7/2008; RMS 18.870/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/06/2008.

4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem externando o posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extras sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência. Precedentes: AgRgRE 545.317-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008; AgRgRE 389.903/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05/05/2006. E as decisões monocráticas: AI 715.335/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 13/06/2008; RE 429.917/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29/05/2007. Do STJ: Resp 786.988/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/04/2006; Resp 489.279/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/04/2005; Resp 615.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006.

5. Nesse contexto, e com vistas no entendimento externado pelo colendo STF, o inconformismo deve ter êxito para se declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extraordinárias, mantida a exação sobre a gratificação natalina.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp nº 764.586/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 24/09/2008).

De outro lado, inafastável o caráter remuneratório do **salário maternidade**, como soa sem discrepância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual nesse particular aceitamos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. Inexiste violação aos arts. 458, 459 e 535 do CPC se o acórdão recorrido apresenta estrutura adequada e encontra-se devidamente fundamentado, na forma da legislação processual, abordando a matéria objeto da irresignação.

2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.

6. Recurso especial provido em parte.(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

Já o aviso prévio é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)

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

§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O chamado "**aviso prévio indenizado**" corresponde ao pagamento do equivalente a 30 dias trabalhados, feita pelo empregador quando decide unilateralmente demitir o empregado *sem justa causa e sem o cumprimento do aviso prévio*. Desse pagamento resulta também a projeção de 1/12 (um doze) avos de 13º salário indenizado e 1/12 avos de férias indenizadas previsto em lei, salvo maiores números de dias de aviso e de *avos* que possam estar assegurados por conta da convenção coletiva de trabalho.

Discute-se no caso dos autos a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I, do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, *in casu*, trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em caso análogo esta Primeira Turma já externou o seguinte entendimento:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - § 1º DO ARTIGO 487 DA CLT - SUMULA 09 DO TFR - PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - SELIC - TEMPESTIVIDADE

1.

2. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho, seja o empregador, seja o empregado, faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescisão do vínculo, que se dará em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.
 3. O período que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio será remunerado da forma habitual, por meio do salário, sobre o qual incide a contribuição previdenciária, uma vez que esse tempo é computado como de serviço do trabalhador para efeitos de cálculo de aposentadoria.
 4. Consoante a regra do § 1º do artigo 487 da CLT, rescindido o contrato antes de findo o prazo do aviso, o empregado terá direito ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente àquele período. Natureza indenizatória pela rescisão do contrato sem o cumprimento de referido prazo.
 5. As verbas indenizatórias não compõem parcela do salário do empregado, posto que não têm caráter de habitualidade; têm natureza meramente ressarcitória, pagas com a finalidade de recompor o patrimônio do empregado desligado sem justa causa e, por esse motivo, não estão sujeitas à incidência da contribuição. Súmula 9 do extinto TFR.
- ...
9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida. (TRF 3ª Região, Apelação Cível nº 2001.03.99.007489-6/SP, Relatora Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, Primeira Turma, julgado em 13.03.2007, DJE 13.06.2008).

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA). PREVISÃO EXPRESSA. ART. 28, § 7º, DA LEI N. 8.212/91. INCIDÊNCIA.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial. Precedente: REsp n. 1198964/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.9.2010, à unanimidade.

3. O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedente: REsp 901.040/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.2.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da res. n. 8/08 do STJ.

4. Recurso especial do INSS parcialmente provido. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA ORIGEM. ACÓRDÃO NÃO MODIFICADO. RATIFICAÇÃO DO APELO NOBRE. NECESSIDADE. SÚMULA N. 418 DO STJ. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula n. 418 do STJ). 2. A necessidade de ratificação do recurso especial não depende da alteração do acórdão com o julgamento dos embargos de declaração (efeitos infringentes). Precedente: REsp 776265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJ 6.8.2007. 3. Recurso especial da empresa não conhecido. (RESP 200600142548, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT).

2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1198964/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título dos quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente, sobre o adicional de um terço (1/3) das férias e sobre o aviso prévio indenizado.

O pagamento de **férias**, ou décimo terceiro salário, é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos a título de quinze (15) primeiros dias de afastamento por moléstia ou acidente, a título de adicional de um terço (1/3) sobre o valor das férias e sobre o aviso prévio indenizado, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior, sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente.

Em relação ao prazo quinquenal de prescrição das ações em que se pretende a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de exações sujeitas a lançamento por homologação anoto que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do CPC determinou o seu termo inicial. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação corresponsiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresenta como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen römischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar

com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3ª ed., págs. 294 a 296).

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, **razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.**

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expandida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.(RESP 200702600019, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 18/12/2009)

No presente caso observo que há contribuições recolhidas somente em período posterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (fls. 46).

Em relação aos pagamentos efetuados após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (9.6.2005) observo que não ocorreu a prescrição na medida em que o mandado de segurança foi impetrado em 10.10.2008.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", **é aplicável às ações ajuizadas após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.**

2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

Ainda, embora não se trate de tributo já declarado inconstitucional, não haverá de ser observado o § 3º do artigo 89 do PCPS tendo em vista que esse dispositivo restritivo foi **revogado** pela Lei nº 11.941/09, a qual deve ser levada em conta na forma do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Realmente, se o reconhecimento *do direito a compensação* está sendo reconhecido *nesta* decisão monocrática, nesse particular é certo que a mesma não poderá aplicar lei *revogada* ("as normas legais editadas após o ajuizamento da ação

devem-se levar em conta para regular a situação exposta na inicial" - STJ, 3ª Turma, RESP nº 18.443 - Edcl em Edcl, j. 29/6/93). Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO DO JULGADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA POR ÍNDICE QUE REFLITA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 462 DO CPC. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA.

1.....

2.....

3.....

4. **Já é antigo o entendimento do STJ no sentido de que "as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação posta na inicial" (EDcl nos EDcl no REsp 18443/SP, 3ª. T., Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 09.08.1993). Dessa forma a aplicação do direito superveniente, no julgamento da apelação, não caracteriza julgamento ultra petita.**

5. Recurso especial improvido.

(REsp 665.683/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUPERVENIENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR. ART. 462 DO CPC.

O **direito superveniente** à propositura do mandado de segurança, que tenha evidente influência no julgamento da lide, impondo restrições ao direito dos impetrantes, deve ser levada em consideração, de ofício, pelo julgador, quando do julgamento da causa (art. 462 do CPC). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 438.623/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 288)

No tocante ao mais, entende-se que o **exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. **Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.**

2. **Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.**

3.....

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1.....

2.....

3. **A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).**

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. **A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.**

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser **considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente**, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12.....

13....

14.....

15....

16....

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e

das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, **dou parcial provimento à apelação da impetrante, e nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Johanson de Salvo

Desembargador Federal

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000510-94.2010.4.03.6126/SP

2010.61.26.000510-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : IND/ METALURGICA MAX DEL LTDA
ADVOGADO : LEANDRO CARLOS NUNES BASSO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00005109420104036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante de sentença que julgou improcedente mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a aplicação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP às alíquotas dos Riscos Ambientais do Trabalho - RAT, com a restauração da aplicabilidade do art. 22, II, da Lei nº 8.212/91.

Alega-se, em síntese, a ilegalidade da utilização do FAP, bem como dos cálculos previsto no artigo 202-A, do Decreto nº 3.048/99, pois sua sistemática de cálculo afronta os princípios da estrita legalidade, publicidade, segurança jurídica, ampla defesa e o devido processo legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da apelação.

Decido.

Nos termos do Decreto nº 6.957/2009, o FAP é utilizado para calcular as alíquotas da tarifação individual por empresa do Seguro Acidente do Trabalho.

O decreto regulamenta as Resoluções nºs 1.308/2009 e 1.309/2009 do CNPS e traz a relação das subclasses econômicas, com o respectivo percentual de contribuição (1%, 2% e 3%) de cada atividade econômica, determinando que sobre esses percentuais será calculado o FAP.

O FAP é um multiplicador a ser aplicado às alíquotas de 1%, 2% ou 3% da tarifação coletiva por subclasse econômica, incidentes sobre a folha de salários das empresas para custear aposentadorias especiais e benefícios decorrentes de acidentes de trabalho.

A metodologia determina a redução do percentual para as empresas que registrarem queda no índice de acidentalidade e doenças ocupacionais.

Por sua vez, as que apresentarem maior número de acidentes e ocorrências mais graves terão aumento no valor da contribuição.

Na verdade, a incidência de alíquotas diferenciadas, bem como dos fatores redutores e majorantes, de acordo com o risco da atividade laboral e o desempenho da empresa, obedece ao princípio da equidade (inciso V do parágrafo único do artigo 194 da CF/88).

O FAP varia de 0,5 a 2 pontos, o que significa que a alíquota de contribuição da empresa pode ser reduzida à metade ou dobrar. O aumento ou a redução do valor da alíquota passará a depender do cálculo da quantidade, frequência, gravidade e do custo dos acidentes em cada empresa.

Não há infração aos princípios da legalidade genérica e estrita (art. 5º, II e 150, I da CF), em qualquer de suas conseqüências.

O FAP está expressamente previsto no artigo 10 da Lei nº 10.666/2003 e o Decreto nº 6.957/09, que o regulamentou, por sua vez, não inovou em relação às Leis nºs 8.212/91 e 10.666/2003, apenas explicitou as condições concretas para o que tais normas determinam. Tal fato também ocorreu no artigo 202-A, do Decreto nº 3.048/99.

As Leis nº 8.212/91 e 10.666/2003 criaram o tributo e descreveram a hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota, em consonância com os princípios da tipicidade tributária e da segurança jurídica. As normas legais também atenderam as exigências do art. 97 do Código Tributário Nacional, quanto à definição do fato gerador,

mas, por seu caráter genérico, a lei não deve descer a minúcias a ponto de elencar todas as atividades e seus respectivos graus de risco. Essa competência é do Decreto regulamentar, ao qual cabe explicitar a lei para garantir-lhe a execução. Por fim, a contribuição atacada é calculada pelo grau de risco da atividade preponderante da empresa, e não de cada estabelecimento, não infringindo o Princípio da Igualdade Tributária (art. 150, II, CF) e da capacidade contributiva, já que a mesma regra é aplicada a todos os contribuintes. Nesse sentido já decidiu esta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SAT. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO-FAP. PEDIDO LIMINAR.

1. O governo federal ratificou Resolução do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) ao definir a nova metodologia do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), que deve ser utilizado a partir de janeiro de 2010 para calcular as alíquotas da tarificação individual por empresa do Seguro Acidente, conforme o Decreto nº 6.957/2009. O decreto regulamenta as Resoluções nºs 1.308/2009 e 1.309/2009, do CNPS e traz a relação das subclasses econômicas - a partir da lista da Classificação Nacional de Atividades Econômicas -, com o respectivo percentual de contribuição (1%, 2% e 3%) de cada atividade econômica, determinando que sobre esses percentuais incidirá o FAP.

2. Não se percebe à primeira vista infração aos princípios da legalidade genérica e estrita (art. 5º, II e 150, I da CF), em qualquer de suas conseqüências. O FAP está expressamente previsto no artigo 10 da Lei n.º 10.666/2003. O Decreto nº 6.957/09 não inovou em relação ao que dispõe as Leis nºs 8.212/91 e 10.666/2003, apenas explicitando as condições concretas para o que tais normas determinam.

3. Embora não seja legalmente vedada a concessão de liminar ou antecipação de tutela em ação que discute o lançamento de crédito tributário, a presunção de constitucionalidade das leis e de legalidade do ato administrativo, aliás desdobrada na excoercedade da certidão de inscrição em dívida ativa, impõe que a suspensão de sua exigibilidade por provimento jurisdicional precário, sem o depósito do tributo, só possa ser deferida quando a jurisprudência dos tribunais esteja remansosamente formada em favor do contribuinte, ou quando o ato de lançamento se mostrar teratológico.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AI 2010.03.00.002250-3, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, Segunda Turma, j. 06/04/2010, DJF3 15/04/2010).

Com a edição do Decreto n.º 7.126/2010, foi atribuído efeito suspensivo a todos os processos administrativos que impugnam os critérios utilizados para a composição do Fator Acidentário Previdenciário - FAP, decreto esse que contempla inclusive os processos administrativos em curso na data de sua publicação, (04/03/2010).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGOU SEGUIMENTO à apelação.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00008 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0012975-96.2008.4.03.6000/MS
2008.60.00.012975-4/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : VIACAO CIDADE MORENA LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE CAMPO GRANDE MS
No. ORIG. : 00129759620084036000 4 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em **11/12/2008** objetivando suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos **quinze (15) primeiros dias de afastamento** da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de **salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias**, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Receita Federal mediante incidência de correção monetária plena e de juros de mora, aplicando-se a Taxa SELIC, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91.

A r. sentença de fls. 137/140, concedeu parcialmente a segurança requerida para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos ao trabalhador **nos primeiros quinze dias de afastamento** em casos de auxílio doença ou acidente, autorizando a impetrante a efetuar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a partir de 11/12/98, com as contribuições previdenciárias de sua responsabilidade, observada a limitação imposta pelo art. 89 da Lei nº 8.212/91, com correção monetária unicamente pela taxa SELIC. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante requerendo a reforma da r. sentença para assegurar o seu direito de não ser compelida - em face da inexistência de relação jurídico-tributária ao recolhimento de contribuição patronal sobre os pagamentos feitos aos empregados nos quinze (15) primeiros dias de afastamento a título de auxílio doença ou acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias. Sustenta a apelante, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a **compensação** dos valores indevidamente recolhidos nos dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, com débitos próprios vencidos ou vincendos atinentes a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal mediante incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir de cada recolhimento indevido, e Taxa SELIC, afastadas as restrições impostas pelos artigos 170-A, do Código Tributário Nacional e 89, § 3º da Lei nº 8.212/91 (fls. 149/164).

Apelou também a União Federal (Fazenda Nacional) sustentando a legitimidade e legalidade da exigência das contribuições questionadas. Requereu a reforma da sentença (fls. 167/169). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo provimento do recurso interposto pela União Federal (fls. 185/193).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, o apelo da impetrante não merece ser conhecido quanto ao seu pedido de declaração de suspensão da exigibilidade do crédito tributário da contribuição previdenciária exigida sobre valores pagos pelo empregador nos 15 dias anteriores à obtenção do auxílio-doença ou acidente, uma vez que o dispositivo da decisão foi explícito em "declarar que a autora recolheu indevidamente contribuições previdenciárias sobre as remunerações pagas aos seus empregados durante os primeiros quinze dias do auxílio-doença e auxílio-acidente"- fl. 140.

No mais, reporta-se o presente mandado de segurança à declaração de inexigibilidade de contribuições à seguridade social incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio-doença e auxílio acidente, bem como sobre as verbas pagas a título de salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias, com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, a controvérsia noticiada diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre parcelas que a impetrante entende não configurariam contraprestação pelo trabalho, mas sim indenização.

A Constituição não faz referência apenas à folha de salários, mas também aos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, "a").

A contribuição da empresa será calculada, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, à razão de vinte por cento (20%) *'sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, destinadas a restituir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador'*.

Efetivamente, a previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide **"sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título"**, aqui abrangidas outras remunerações que não salário. Conforme entendia este relator a mera interrupção do contrato de trabalho nos quinze primeiros dias anteriores a eventual concessão de auxílio-doença não tira a natureza salarial do pagamento devido ao empregado, de modo que a verba haveria de sofrer imposição pela contribuição patronal, integrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Sempre pensei que o empregador paga esses quinze dias *ex lege*, não como indenização, pois para isso seria necessário se reconhecer de parte do empregador a causalidade de um ilícito. Também não paga esse valor como verba previdenciária, já que as prestações previdenciárias são originariamente pagas pelo Estado, sendo adimplidas *através do empregador*, com reembolso ou compensação, apenas quando a lei prevê.

Contudo, o *entendimento favorável às empresas solidificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*; na medida em que se trata da corte constitucionalmente apta a interpretar o direito federal, parece-me desarrazoado dissentir da sua jurisprudência pacífica sob pena de eternizar demandas.

Assim, resguardando meu pensamento próprio, em favor da impetração invoco os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. ...

2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.

3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.

4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

5. **Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.**

6. Recurso especial provido em parte.

(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MERA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. ...

2. **Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.**

3. Não há negativa de vigência aos artigos 60, § 3º, da Lei n. 8.213/91, 22, inc. I, e 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91, tampouco a violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, mas apenas a interpretação dos referidos dispositivos legais. Não era pressuposto de tal conclusão a declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

4. ...

(ADRESP 200801478527, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/06/2010)

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação a outras parcelas pagas pelo empregador a que atualmente as cortes superiores não vêm emprestando a natureza de remuneração do trabalho.

Confira-se o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 389903 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento

RE-AgR 545317 / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min.

GILMAR MENDES Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 207 e 688/STF. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITO FEDERAL. SÚMULA 282/STF.

1. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC no conteúdo do acórdão recorrido, pelo que se afasta a preliminar de sua nulidade.
2. Nenhuma dúvida remanesce quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) em virtude de sua natureza salarial. Súmulas 207 e 688/STF.
3. Inúmeros julgados oriundos das Primeira e Segunda Turmas deste STJ assentam-se na linha de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, além dos adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, arts. 41 e 49), integram o conceito de remuneração, sujeitando-se à contribuição previdenciária. Precedentes: Resp 805.072/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/02/2007; REsp 512848/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.09.2006; RMS 19.687/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23.11.2006; REsp 676.294/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.11.2006. E as decisões monocráticas: Resp 971.020/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 1º/7/2008; RMS 18.870/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/06/2008.
4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem externando o posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extras sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência. Precedentes: AgRgRE 545.317-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008; AgRgRE 389.903/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05/05/2006. E as decisões monocráticas: AI 715.335/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 13/06/2008; RE 429.917/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29/05/2007. Do STJ: Resp 786.988/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/04/2006; Resp 489.279/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/04/2005; Resp 615.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006.
5. Nesse contexto, e com vistas no entendimento externado pelo colendo STF, o inconformismo deve ter êxito para se declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extraordinárias, mantida a exação sobre a gratificação natalina.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp nº 764.586/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 24/09/2008).

De outro lado, inafastável o caráter remuneratório do **salário maternidade**, como soa sem discrepância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual nesse particular aceitamos, *verbis*:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

1. Inexiste violação aos arts. 458, 459 e 535 do CPC se o acórdão recorrido apresenta estrutura adequada e encontra-se devidamente fundamentado, na forma da legislação processual, abordando a matéria objeto da irresignação.
2. **O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.**
3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.
4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.
5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.
6. Recurso especial provido em parte. (RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir *somente* sobre os valores pagos aos seus empregados a título dos quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente e sobre o adicional de um terço (1/3) das férias.

O pagamento de **férias**, ou décimo terceiro salário, é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

Reconhecida a intributabilidade, através de contribuição patronal, sobre os valores pagos a título de quinze (15) primeiros dias de afastamento por moléstia ou acidente e a título de adicional de um terço (1/3) sobre o valor das férias, tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior.

Em relação ao prazo quinquenal de prescrição das ações em que se pretende a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de exações sujeitas a lançamento por homologação anoto que a 1ª Seção do Superior

Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do CPC determinou o seu termo inicial. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

5. **Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos**

sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, **razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.**

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expandida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.(RESP 200702600019, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 18/12/2009)

No presente caso observo que há contribuições recolhidas em período anterior e posterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (fls. 38/47).

Em relação aos pagamentos efetuados após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 (**9.6.2005**) observo que não ocorreu a prescrição na medida em que o mandado de segurança foi impetrado em 11.12.2008.

Já no que tange aos recolhimentos efetuados antes da vigência da mencionada lei complementar há que se aplicar a vetusta tese do "5+5" anos, pelo que, considerando que os valores recolhidos mais antigos datam da competência de janeiro de 2000 (fls. 38), não se operou a prescrição do aproveitamento do quanto pago comprovado nos autos.

Entendo, ainda que, no caso em tela, o afastamento da incidência retroativa do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 não resulta em inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal na medida em que está sendo adotada jurisprudência da Corte Especial do STJ que ao julgar **AI no EREsp 644.736/PE** declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, já que *in casu* não se está declarando inconstitucionalidade de lei e sim aplicando jurisprudência pacífica de Corte Superior.

Justamente por isso - *porque está se reportando a jurisprudência pacífica do STJ arredando o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005* - é que não há também afronta a Súmula Vinculante nº 10, cujo texto é o seguinte:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições *permanece*. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe "É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", **é aplicável às ações ajuizada após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC n. 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.**

2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

Ainda, embora não se trate de tributo já declarado inconstitucional, não haverá de ser observado o § 3º do artigo 89 do PCPS tendo em vista que esse dispositivo restritivo foi **revogado** pela Lei nº 11.941/09, a qual deve ser levada em conta na forma do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Realmente, se o reconhecimento *do direito a compensação* está sendo reconhecido *nesta* decisão monocrática, nesse particular é certo que a mesma não poderá aplicar lei *revogada* ("as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem-se levar em conta para regular a situação exposta na inicial" - STJ, 3ª Turma, RESP nº 18.443 - Edcl em Edcl, j. 29/6/93). Confira-se:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO DO JULGADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA POR ÍNDICE QUE REFLITA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 462 DO CPC. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA.

1.....

2.....

3.....

4. **Já é antigo o entendimento do STJ no sentido de que "as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação posta na inicial" (EDcl nos EDcl no REsp 18443/SP, 3ª. T., Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 09.08.1993). Dessa forma a aplicação do direito superveniente, no julgamento da apelação, não caracteriza julgamento ultra petita.**

5. Recurso especial improvido.

(REsp 665.683/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUPERVENIENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO, PELO JULGADOR. ART. 462 DO CPC.

O **direito superveniente** à propositura do mandado de segurança, que tenha evidente influência no julgamento da lide, impondo restrições ao direito dos impetrantes, deve ser levada em consideração, de ofício, pelo julgador, quando do julgamento da causa (art. 462 do CPC). Precedentes.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 438.623/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 10/03/2003, p. 288)

No tocante ao mais, entende-se que **o exercício** da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).

1. **Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.**

2. **Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.**

3.....

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1.....

2.....

3. **A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC, "consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG)" (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).**

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos REsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART.170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. **A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.**

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser **considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente**, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte propria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12.....

13....

14.....

15....

16....

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar *com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal* (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (*super-Receita*), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Pelo exposto, não conheço de parte do apelo da impetrante e, na parte conhecida **dou-lhe parcial provimento, bem como nego provimento ao apelo da União Federal (Fazenda Nacional) e dou parcial provimento à remessa oficial**, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

Johanson di Salvo

Desembargador Federal

00009 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024260-73.2010.4.03.0000/MS

2010.03.00.024260-6/MS

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : SINDICATO DO COM/ VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS NO
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL SINPROFAR MS
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS
No. ORIG. : 00053962920104036000 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pela União em face da decisão que deferiu parcialmente a liminar em mandado de segurança e afastou a exigibilidade da contribuição referente aos quinze dias que antecedem o auxílio-doença, férias, seu terço constitucional.

A agravante sustenta que as referidas verbas têm natureza salarial e, em razão disso, deve incidir sobre elas a contribuição à Seguridade Social.

Decido.

A Constituição Federal autoriza as organizações sindicais à representação judicial de seus filiados no mandado de segurança coletivo, nos termos do inciso LXX do artigo 5º.

Dentro de sua legitimidade o sindicato impetrante propôs o presente mandado de segurança visando o afastamento da incidência de contribuição previdenciária.

A possibilidade das associações proporem mandado de segurança em favor, mesmo que de parte de seus associados está sumulada no STF, vejamos:

"súmula n.º 629. A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes."

"súmula n.º 630. A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria."

Nesse sentido o STJ:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUTO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO Nº 629 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1 - Esta Corte assentou a compreensão de que "no mandado de segurança coletivo, a legitimação ativa das associações, em razão do regime de substituição processual autônoma, dispensa a autorização expressa ou a relação nominal dos associados substituídos." (REsp nº 693.423/BA, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 26/9/2005).

2 - "A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes" (enunciado nº 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal).

3 - Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AGRESP 1007931 - Proc. 200702723190/AC - Rel. Min. PAULO GALLOTTI - j. 23/04/2009 - DJE 25/05/2009).

Também desnecessária a vinculação do mandado de segurança ao objeto social do sindicato ou entidade de classe, basta que o direito exista em razão da atividade dos integrantes do sindicato. Nesse sentido:

"Constitucional - Processual Civil - Mandado de Segurança Coletivo - Substituição processual - Autorização expressa - Objeto a ser protegido pela segurança coletiva - CF, artigo 5º, LXX, "b".

I - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual (CF, art. 5º, LXX).

II - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do artigo 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação.

III - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido."

(RE 181.438-1, STF, TP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.6.96, v.u.).

Quanto à área de abrangência, é cediço que no mandado de segurança a autoridade coatora é aquela que detém competência e pratica o ato violador do direito. De acordo com vetusta doutrina o mandado de segurança deve ser dirigido contra **"a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário"** (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, 13ª ed., p. 35).

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, pela voz do Ministro Moreira Alves, deixou assentado que: "Autoridade impetrada é a de que emana (ou emanará) o ato que, embora baseado em norma geral editada por superior hierárquico, se alega como violador de direito líquido e certo do impetrante" (MS 20.921-6, DJU 5.5.89, p. 7.160).

Assim, os efeitos da decisão proferida no mandado de segurança coletivo ficam adstritos à abrangência da área de competência para fiscalização da autoridade contra a qual foi interposto o Mandado de Segurança.

Passo à análise das contribuições objeto deste Agravo de Instrumento.

CONTRIBUIÇÃO SOBRE O AUXÍLIO-DOENÇA

O empregado afastado por motivo de doença não presta serviço e, por isso, não recebe salário durante os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento. A descaracterização da natureza salarial afasta a incidência da contribuição à Seguridade Social.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO PAGA PELO EMPREGADOR NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE MESMA ESPÉCIE. ART. 66 DA LEI 8.383/91. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. JUROS.

(...)

2.É dominante no STJ o entendimento segundo o qual não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, à consideração de que tal verba, por não consubstanciar contraprestação a trabalho, não tem natureza salarial. Precedentes: Resp 720817/SC, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 05/09/2005

(...)

6. A Primeira Turma desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o salário-maternidade possui natureza salarial, integrando a base de cálculo da contribuição previdenciária.

7. Recurso especial a que se dá parcial provimento."

(STJ, Resp 836531/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 08/08/2006, DJ 17/08/2006, p. 328)"

FÉRIAS

As férias, quando gozadas, têm natureza salarial e sobre elas incide a contribuição previdenciária. Tal entendimento foi acolhido no âmbito da Primeira Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENDIDA NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A VERBA PAGA PELO EMPREGADOR AO EMPREGADO NOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DA ATIVIDADE LABORAL POR MOTIVO DE DOENÇA, BEM COMO SOBRE O

SALÁRIO-MATERNIDADE, AS FÉRIAS E O ADICIONAL DE UM TERÇO (1/3 DESSAS FÉRIAS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - REFORMA EM PARTE DO DECISUM.

(...)

2. O Supremo Tribunal Federal vem externando posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de um terço (1/3) do valor das férias gozadas pelo trabalhador, ao argumento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do mesmo devem sofrer a incidência. Sob essa ótica, não há dúvida de que o adicional de férias não vai aderir inexoravelmente a retribuição pelo trabalho, pois quando o trabalhador (público ou privado) se aposentar certamente não o perceberá mais, tampouco em caso de morte a verba será recebida pelos pensionistas.

(...)

7. *Apelação parcialmente provida.*

(AMS 2006.61.00.023473-7, Rel. Johanson Di Salvo, j. 21/10/2008, DJF3 10/11/2008)

Assim também no STJ:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO - CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA - ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO MATERNIDADE - FÉRIAS - INCIDÊNCIA - AUXÍLIO-DOENÇA - AUXÍLIO-ACIDENTE - PRIMEIROS QUINZE DIAS - ABONO CONSTITUCIONAL - NÃO INCIDÊNCIA.

(...)

4. O entendimento sedimentado nesta Corte Superior é o de que o salário-maternidade possui natureza salarial, motivo pelo qual integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. Por outro lado, não possui natureza remuneratória a quantia paga a título de auxílio-doença e auxílio-acidente nos 15 primeiros dias do benefício. Precedentes.

5. Não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, por constituir verba que detém natureza indenizatória e não se incorpora à remuneração para fins de aposentadoria. Entendimento firmado pela Primeira Seção nos autos de incidente de uniformização de interpretação de lei federal dirigido a este Tribunal Superior, cadastrado como Pet 7.296/PE, da relatoria da Sra. Ministra Eliana Calmon, julgado em 28.11.09 (DJe de 10.11.09).

Agravo regimental da FAZENDA NACIONAL improvido. Agravo regimental da CONSTROYER CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. parcialmente provido apenas para reconhecer a não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

(AgRg nos EDcl no REsp 1095831/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

TERÇO CONSTITUCIONAL DAS FÉRIAS

A Primeira Seção do STJ - Superior Tribunal de Justiça acolheu, por unanimidade, incidente de uniformização, adequando sua jurisprudência ao entendimento firmado pelo STF, segundo o qual não incide contribuição à Seguridade Social sobre o terço de férias constitucional, posição que já vinha sendo aplicada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS

FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - NATUREZA JURÍDICA - NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO - ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PRETÓRIO EXCELSO.

1. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados

Especiais Federais firmou entendimento, com base em precedentes do Pretório Excelso, de que não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

2. A Primeira Seção do STJ considera legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

3. Realinhamento da jurisprudência do STJ à posição sedimentada no Pretório Excelso de que a contribuição previdenciária não incide sobre o terço constitucional de férias, verba que detém natureza indenizatória e que não se incorpora à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.

4. Incidente de uniformização acolhido, para manter o entendimento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, nos termos acima explicitados.

(STJ, Pet 7296/PE, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE 10/11/2009)"

A jurisprudência do STF pela não incidência da contribuição foi firmada a partir de 2005, ao fundamento de que a referida verba tem natureza compensatória/indenizatória e que, nos termos do artigo 201, §11, da CF, somente as parcelas incorporáveis ao salário para fins de aposentadoria sofrem a incidência da contribuição previdenciária.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - INCIDÊNCIA - ADICIONAL DE UM TERÇO (1/3) SOBRE FÉRIAS (CF, ART. 7º, XVII) - IMPOSSIBILIDADE - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal, em

sucessivos julgamentos, firmou entendimento no sentido da não incidência de contribuição social sobre o adicional de um terço (1/3), a que se refere o art. 7º, XVII, da Constituição Federal. Precedentes. (STF, 2ª Turma, RE-AgR 587941, Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, julg. 30.09.2008).

Com tais considerações e nos termos do artigo 557, 1-A, do Código de Processo Civil, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, para determinar a incidência da contribuição previdenciária sobre as férias, mantendo-se a inexigibilidade sobre as contribuições relativas aos pagamentos realizados a título dos quinze dias que antecedem o auxílio-doença e do terço constitucional das férias, limitando territorialmente o alcance desta decisão, que fica adstrita à abrangência da área de competência para fiscalização da autoridade contra a qual foi interposto o Mandado de Segurança Coletivo.

P.I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0115820-58.1999.4.03.9999/SP

1999.03.99.115820-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : FERNANDO LUIZ QUAGLIATO e outros
: JOAO LUIZ QUAGLIATO NETO
: ROQUE QUAGLIATO
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO e outros
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 95.00.00001-3 1 Vr SANTA CRUZ DO RIO PARDO/SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo apelante contra a decisão monocrática de fls. 837/837 verso, que acolheu o pedido de renúncia formulado à fl. 805, e julgou extinto o processo, com exame do mérito, nos termos do artigo 269, V, do Código de Processo Civil, e com fulcro no inciso XII do artigo 33 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, julgou prejudicada a apelação interposta. Os embargantes foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

O embargante alega que a decisão é omissa e obscura, porquanto ao acolher o pedido de renúncia ao direito em que se funda a ação, condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Alega que as razões que motivaram a condenação em verba honorária no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) restaram obscuras, bem como que houve omissão quanto à motivação para embasamento do cálculo deste valor, considerando que o valor do débito tratado nestes autos é de \$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais).

Pleiteia a reforma da decisão, a fim de que os honorários advocatícios sejam fixados entre 10% a 20% do valor da causa, nos termos do artigo 20, §3º do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Assiste razão ao embargante.

Com efeito, a decisão embargada acolheu o pedido de renúncia ao direito em que se funda a ação e julgou extinto o feito, com exame do mérito, nos termos do artigo 269, V, do Código de Processo Civil, e com fulcro no inciso XII do artigo 33 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, julgo prejudicada a apelação interposta. Os embargantes foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Considerando o valor atribuído à causa, R\$ 4.000,22 (quatro mil reais e vinte e dois centavos) em agosto de 1995, de fato, a decisão que condenou o embargante nas verbas de sucumbência no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos

reais), revela-se obscura, razão pela qual dou provimento aos embargos de declaração para manter a condenação, tal qual fixada pelo MM. Juiz *a quo*, qual seja, 10% (dez por cento) do valor dado à causa.

Isto posto, dou provimentos aos embargos de declaração para condenar os embargantes ao pagamento de honorários advocatícios, fixados 10% (dez por cento) do valor dado à causa, devidamente atualizado.

Decorridos os prazos recursais, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e, após, remetam-se os autos à Vara de origem.

I.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Vesna Kolmar

Desembargadora Federal

00011 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0301746-71.1996.4.03.6102/SP

2002.03.99.010205-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO
PARTE AUTORA : BALBO S/A AGROPECUARIA
ADVOGADO : CLAUDIO GOMES e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 96.03.01746-9 2 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação cautelar ajuizada por Balbo S/A Agropecuária em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, hoje sucedido pela União, para resguardar resultado útil de sentença de conhecimento onde a parte intenta a suspensão da exigibilidade das NFLDs nº 31.529.408-6, 31.529.409-4 e 31.529.830-8, mediante o depósito em juízo das importâncias questionadas. Liminar concedida a fl. 59.

O MM. Juiz 'a quo' julgou o pedido **procedente**, oportunidade em que condenou a autarquia federal a pagar honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00. Sentença submetida ao reexame necessário (fls. 99/101).

Os autos foram remetidos a esse Tribunal e distribuídos a esse Relator.

Decido.

A autora ajuizou cautelar com o fito de obter a suspensão da exigibilidade do crédito - e assim safar-se dos efeitos da mora e suas conseqüências até futuras - mediante o depósito do numerário.

O art. 151, II, do Código Tributário Nacional, assegura a suspensividade do crédito fiscal nesses casos, mas o contribuinte tem legítimo interesse de agir pela via cautelar na medida em que normalmente os órgãos públicos da administração fazendária não toleram esse depósito senão com chancela de provimento judicial.

Veja-se:

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO INTEGRAL DO VALOR DA DÍVIDA.

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DESNECESSIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

1. O depósito de que trata o art. 151, II, do CTN constitui **direito subjetivo do contribuinte**, que pode efetuar-lo tanto nos autos da ação principal quanto em Ação Cautelar, sendo desnecessária a autorização do Juízo.

2. É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e **evitar os efeitos decorrentes da mora**, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 517.937/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 17/06/2009)

Daí estar presente o legítimo interesse de agir.

No caso dos autos a liminar foi concedida.

Com isso a parte ficou protegida, pois é de todos sabido que enquanto não transitar em julgado a decisão proferida na ação de conhecimento - que em tese pode chegar até ao Supremo Tribunal Federal - não se pode falar em "resultado útil" do provimento judicial de conhecimento. Se a causa vier a ser finalmente julgada em desfavor da autora - sendo certo que a decisão deste Tribunal poderá não ser a definitiva - até que isso ocorra o contribuinte não estará sujeito aos rigores da mora se continuar depositando a exação; isso basta para demonstrar seu legítimo interesse em perseguir o provimento acautelatório.

O interesse da parte e o cabimento da medida cautelar destinada a assegurar o resultado útil do provimento judicial de conhecimento desejado pelo litigante, não se exaurem no momento em que proferida a sentença de 1ª instância, pois a

mesma pode ser objeto de recurso e a resolução definitiva da lide restar protraída para momento futuro. A parte busca se acautelar até o desfecho definitivo da causa.

Nesse sentido (destaquei):

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MANIFESTA AUSÊNCIA DO PERICULUM IN MORA. 1. A decisão do Juízo da execução limitou-se a determinar que o banco fiador efetuasse o depósito judicial do valor afiançado, objetivando resguardar o interesse de ambas as partes. Por outro lado, por meio da presente ação cautelar, a requerente alega que sofrerá dano de difícil reparação "que se afigura patente, pois a Fazenda do Estado do Rio de Janeiro levantará o valor da garantia em comento" (fl. 13). Contudo, considerando que em nenhum momento foi autorizado o levantamento (ou a conversão em renda) dos valores depositados judicialmente, não há falar em possível ocorrência de dano grave de incerta reparação. Nesse contexto, é manifesta a ausência do periculum in mora. 2. Ressalte-se que, nos termos do art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública, sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. 3. Medida cautelar improcedente. Revogação do efeito suspensivo concedido em sede liminar. (MC 15859, Relatora DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:10/12/2009).

Com efeito, como a matéria posta a deslinde já se encontra assentada em julgados oriundos de nossos tribunais superiores, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **nego seguimento à remessa oficial**, o que faço com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00012 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0303284-87.1996.4.03.6102/SP
2004.03.99.023792-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : USINA SANTO ANTONIO S/A e outro.

ADVOGADO : CLAUDIO GOMES e outro

APELADO : OS MESMOS

No. ORIG. : 96.03.03284-0 2 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Usina Santo Antonio S/A em face do Instituto Nacional do Seguro Social, hoje sucedido pela União, com o escopo de anular os débitos fiscais veiculados nas NFLDs nº 31.529.409-4, 31.529.830-8 e 31.529.408-6.

Sustenta a autora a nulidade da NFLD nº 31.529.409-4 ante a inconstitucionalidade da contribuição social incidente sobre pagamentos feitos aos administradores, avulsos e autônomos.

Quanto a NFLD nº 31.529.408-6 aduz a autora que foi proferida decisão favorável nos autos do Mandado de Segurança assegurando-lhe o direito de não contribuir à Previdência Social Urbana e que a autuação fiscal não identificou quais empregados estariam vinculados à Previdência Urbana.

Alega ainda a não incidência de contribuição social sobre valores pagos em reclamações trabalhistas e a título de bolsa de estudo, devendo ser anulada a NFLD nº 31.529.830-8 (fls. 02/14).

O MM. Juiz 'a quo' julgou o pedido parcialmente procedente o pedido para anular por completo a NFLD nº 31.529.409-4 e parcialmente a NFLD nº 31.529.830-8, excluindo somente os valores relativos à bolsa de estudo. Diante da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com os honorários de seus respectivos patronos. Sentença submetida ao reexame necessário (fls. 130/141).

Apela a parte autora pleiteando a reforma do julgado para que sejam integralmente anuladas as NFLDs nº 31.529.830-8 e 31.529.408-6, reiterando os fundamentos expostos na inicial quanto a esse aspecto (fls. 168/174).

Por sua vez, recorre a autarquia para que seja reconhecida a legitimidade das cobranças anuladas pela r. sentença (fls. 177/180).

Com contrarrazões de apelação (fls. 182/185 e 191/193), os autos foram remetidos a esse Tribunal e distribuídos a esse Relator.

Decido.

Inicialmente, observo que o débito descrito na NFLD nº 31.529.409-4 refere-se à contribuição social incidente sobre os valores pagos aos administradores no período de julho/90 a novembro/91.

A **inconstitucionalidade** de tal exação enquanto veiculada pelas Leis n.ºs. 7.787/89 (artigo 3º, I) e 8.212/91 (artigo 22, I) não tem espaço para discussão porque já foi objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal há muito tempo. No primeiro caso, através do **RE nº 166.772/RS** (pleno, j. 12/5/94, DJ 16/12/94, p.34.869 - desse julgado surgiu a **Resolução nº 14** do Senado Federal em 19/4/95) e no segundo caso na **ADIN nº 1.102/2/DF** (Pleno, j. 5/10/95, DJ 17/11/95, p. 39.205).

Assim, mantenho a nulidade da referida cobrança.

No tocante a NFLD nº 31.529.830-8 a questão posta nos autos reside em determinar se incide contribuição previdenciária sobre as verbas pagas em reclamações trabalhistas e a título de **bolsa de estudo**.

Cumpra repisar que a Seguridade Social é custeada por toda a sociedade bem como através de contribuições sociais das empresas, dos trabalhadores, do ente público e dos concursos de prognósticos, sendo que as contribuições dos empregados e das empresas incidirão conforme preceitua o art. 195, I, "a", da Constituição Federal:

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício"

As contribuições sociais são calculadas com base no salário-de-contribuição que está previsto nos incisos de I a IV do art. 28 da Lei nº 8.212/91 podendo ter a seguinte definição:

"...o salário-de-contribuição é a base de cálculo sobre a qual irão incidir as alíquotas da contribuição previdenciária. O conceito de salário-de-contribuição irá depender, porém, do segurado que irá contribuir para o sistema, podendo, portanto, ser distinto em relação a cada um deles" (Sergio Pinto Martins, Direito da Seguridade Social, 19ª edição, ed. Atlas, 2003, p.143).

Impende ressaltar que descabe interpretação não-litera das hipóteses de dispensa legal de tributo. O Código Tributário Nacional é expresso ao dispor sobre tal vedação ao discursar no seu artigo 111 o seguinte:

"Art. 111 Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

O "auxílio-educação" pago pela empresa que não pode ser tributado pela contribuição patronal é somente aquele pago pelo empregador diretamente a quem presta o ensino ao empregado, ou sob a forma de reembolso, e somente quando reverte no **aperfeiçoamento do trabalhador** (RESP nº 676.627/PR, 1ª Turma; RESP nº 695.514/PR, 1ª Turma; RESP nº 624.178/PR, RESP nº 953.742/SC, 1ª Turma, DJ: 10.03.2008, p.1, etc.).

O que o Superior Tribunal de Justiça prestigia para fins de tributação é o investimento feito pela empresa na **qualificação** dos seus empregados. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-EDUCAÇÃO. DESCABIMENTO. VERBAS DE NATUREZA NÃO SALARIAL.

- Os valores pagos pela empresa diretamente à instituição de ensino, com a finalidade de prestar auxílio escolar aos seus empregados, não podem ser considerados como salário "in natura", pois não retribuem o trabalho efetivo, não integrando a remuneração. Trata-se de investimento da empresa na qualificação de seus empregados.

- A Lei nº 9.528/97, ao alterar o § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, que passou a conter a alínea "t", confirmou esse entendimento, reconhecendo que esses valores não possuem natureza salarial.

- Precedente desta Corte.

- Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 328602/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 02/12/2002 p. 227)

PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. VERBAS CREDITADAS A TÍTULO DE AUXÍLIO EDUCAÇÃO E AUXÍLIO MATRIMÔNIO.

1. "O auxílio-educação, embora contenha valor econômico, constitui investimento na qualificação de empregados, não podendo ser considerado como salário in natura, porquanto não retribui o trabalho efetivo, não integrando, desse modo, a remuneração do empregado. É verba empregada para o trabalho, e não pelo trabalho." (RESP 324.178-PR, Relatora Min. Denise Arruda, DJ de 17.12.2004).

2. In casu, o auxílio-educação é pago pela empresa em forma de reembolso das mensalidades da faculdade, cursos de línguas e outros do gênero, destinados ao aperfeiçoamento dos seus empregados.

Precedentes: REsp 324178/PR, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, DJ.

17.02.2004; AgRg no REsp 328602/RS 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 02.12.2002; REsp 365398/RS 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJ. 18.03.2002.

3.....

4. Recurso Especial provido.

(REsp 676627/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 09/05/2005 p. 311) TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. VALORES GASTOS COM A EDUCAÇÃO DO EMPREGADO (BOLSAS DE ESTUDO). CARÁTER SALARIAL. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Os valores despendidos pelo empregador a título de bolsas de estudo destinadas a seus empregados não integram a base de cálculo de contribuição previdenciária.

2. Recurso especial provido.

(REsp 729.901/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 17/10/2006 p. 274)

RECURSO ESPECIAL - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-EDUCAÇÃO (BOLSA DE ESTUDO) - NÃO-INCIDÊNCIA - NATUREZA NÃO SALARIAL - ALÍNEA "T" DO § 9º DO ART. 28 DA LEI N. 8.212/91, ACRESCENTADA PELA LEI N. 9.258/97 - PRECEDENTES.

O entendimento da Primeira Seção já se consolidou no sentido de que os valores despendidos pelo empregador com a educação do empregado não integram o salário-de-contribuição e, portanto, não compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária mesmo antes do advento da Lei n. 9.528/97.

Recurso especial improvido.

(REsp 371088/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 25/08/2006 p. 318)

Os documentos juntados mostram que o Instituto Nacional do Seguro Social cobra contribuição patronal sobre valores de *bolsas de estudo* concedidas aos empregados.

Para se livrar da tributação deveria a autora comprovar que os valores exigidos pelo INSS corresponderiam, nos termos da lei, a despesas de **capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa**, e ainda que as verbas **não substituíam parte do salário** e, finalmente, **que todos os empregados - e diretores da empresa - tinham acesso a percepção dessa verba de custeio do aprimoramento de pessoal**.

Se feita essa prova, estaria configurada a intributabilidade dos pagamentos feitos a terceiros como forma de custeio de bolsa de estudo, consoante a regra do artigo 28, § 9º, "t", do PCPS.

É que se trata de uma norma de não incidência, segundo a qual não integra o salário-de-contribuição a verba destinada pelo empregador ao custeio de cursos e programas de aprendizagem que repercutem no **aprimoramento de trabalhadores e dirigentes**, desde que **todos** os elementos humanos da empresa tenham acesso a eles.

Sucedem que a documentação acostada com a autora nada revela a respeito do tal "plano educacional"; nada sabemos sobre os seguintes aspectos:

1º) quem era beneficiado pelas tais bolsas de estudo ? Seriam todos os empregados ou apenas alguns ?

2º) a que se destinavam os cursos custeados com tais pagamentos ? No que consistiriam as matérias ministradas neles ?

3º) a quem eram feitos os pagamentos, noutro dizer, quem prestava os tais "estudos" e ensinamentos a que se refere a impetração ?

Sem esses dados - essenciais - não se pode afirmar com segurança que as verbas pagas a título de bolsa de estudo amoldavam-se ao figurino de não incidência preconizado no artigo 28, § 9º, "t", do PCPS, de modo que sem essa prova não pode o Judiciário simplesmente dispensar a percepção de receitas públicas.

Desse modo, a sentença não pode prosperar quanto a esse tema porque contraria a evidência dos autos e se opõe a jurisprudência pacífica de Corte Superior.

No que diz respeito a contribuições previdenciárias incidentes sobre a quantia paga em **decorrência de reclamação trabalhista**, verifico que constituem fatos geradores os valores totais dos acordos Trabalhistas e das Sentenças pagas e/ou creditadas aos segurados empregados, em virtude de não haver discriminação das parcelas remuneratórias/indenizatórias.

A autora não logrou comprovar quais os valores se referem a verbas remuneratórias e quais se referem a verbas indenizatórias, como lhe incumbia nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO TRABALHISTA HOMOLOGADO. INCIDÊNCIA. LEI 8.212/90, ARTS. 43 E 44.

I - A contribuição previdenciária devida à Seguridade Social sobre valores referentes a direitos trabalhistas reconhecidos em sentença ou em acordo homologado deve ser devidamente discriminada para o imediato recolhimento (Lei 8.212/91, art. 43). A falta de discriminação das parcelas, segundo a sua natureza, determina que a contribuição incida sobre o valor total apurado na liquidação ou o constante do acordo (art. 43, parágrafo único). Precedentes: REsp nº 676.149/PA, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 26.10.2006;

REsp nº 674.744/RS, Rel. Min^a. DENISE ARRUDA, DJ de 28.08.2006; REsp nº 666.000/PR, Rel. Min^a. DENISE ARRUDA, DJ de 28.08.2006.

II - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1013228/PA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO DE DÍVIDAS TRABALHISTAS RECONHECIDAS POR SENTENÇA. INCIDÊNCIA. LEI 8.212/90, ARTS. 43 E 44.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes.

2. Nos termos previstos na Lei 8.212/91, incide contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de direitos trabalhistas reconhecidos em sentença ou acordo judicial (art. 43); não estando discriminada a natureza das parcelas pagas, a contribuição incidirá sobre o valor total (art. 43; parágrafo único).

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 676.149/PA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 26/10/2006 p. 226)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDOS TRABALHISTAS. VERBA INDENIZATÓRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. É cediço nesta Corte que as verbas decorrentes de acordos trabalhistas celebrados com os empregados não têm caráter indenizatório, mas, ao reverso, remuneratório, devendo, pois, incidir sobre elas a contribuição previdenciária. Todavia, querendo afastar essa incidência, cabe ao interessado comprovar que tais parcelas são, na realidade, indenizatórias.

2. No Tribunal de origem, entendeu-se que houve comprovação da natureza indenizatória da verba, não havendo como, nesta instância especial, concluir-se de maneira diversa, sob pena de se esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 674.744/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 28/08/2006 p. 221)

Já em relação à nulidade NFLD nº 31.529.408-6 observo que embora a fiscalização não tenha identificado cada empregado que estaria vinculado à Previdência Urbana, constou do relatório quais as atividades que seriam consideradas urbanas e quais seriam rurais (fl. 50).

Além do mais, sustentou a autora que foi proferida decisão favorável nos autos do Mandado de Segurança nº 569.622-4 (fl. 06), assegurando-lhe o direito de não contribuir à Previdência Social Urbana.

Ocorre que não consta dos autos qualquer prova a respeito de tal decisão.

Assim, deve ser mantida a r. sentença uma vez que cabe à parte autora trazer aos autos, no momento do ajuizamento da ação, os documentos indispensáveis à sua propositura, inclusive aqueles que demonstram os fatos alegados na inicial. Sobre esse tema, veja-se elucidativo acórdão oriundo do Superior Tribunal de Justiça (destaquei):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISS. SERVIÇOS DE HOTELARIA. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE JUNTADA ARTS. 283, 333, INCISO I E 396 DO CPC. COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FORÇA MAIOR. ART. 517 DO CPC. SÚMULA Nº 07/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nºs 282 E 356/STF.

I - Na interpretação aos arts. 283, 333, inciso I e 396 do CPC, depreende-se que é exigida a juntada dos documentos indispensáveis à prova dos fatos constitutivos do autor, quando do ajuizamento de sua ação, sendo somente permitida a exibição posterior quando se tratar dos demais documentos, não fundamentais à demanda. Precedentes: Resp nº 518.303/AL, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 22/03/04; REsp nº 431.716/PB, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 19/12/02; e REsp nº 71.813/RJ, Rel. Min. PAULO COSTA LEITE, DJ de 20/05/96.

II - In casu, a recorrente deixou de acostar, nos embargos à execução, documentos essenciais à lide, a fim de afastar a incidência tributária sobre a sua atividade e, com isso, desconstituir o crédito tributário.

III - Ademais, para fins de aplicação do art. 517 do CPC, que permite a suscitação de questões de fato quando da apelação, é incabível a esta Corte a apreciação acerca da ocorrência de força maior, assim como da não-configuração de culpa por parte da recorrente, quanto à não-exibição de tais documentos nos embargos à execução, eis que isso levaria ao reexame fático-probatório dos autos, a teor da Súmula nº 07/STJ.

IV - No que tange à violação ao art. 130 do CPC, verifico que a matéria inserta no referido dispositivo legal não foi apreciada pelo Tribunal a quo, não tendo o recorrente oposto embargos aclaratórios, buscando declaração acerca da questão suscitada. Incidem, na hipótese vertente, as Súmulas nºs 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

V - Recurso especial improvido.

(RESP 613.348/CE, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma DJ 13/12/2004, pág. 237)

E mais: RESP 830043, Relatora Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/12/2008 - RESP 834297, Relator Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:20/10/2008.

Sucumbência recíproca mantida.

Com efeito, como a matéria posta a deslinde já se encontra assentada em julgados oriundos de nossos tribunais superiores, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557 do Código de Processo Civil. Pelo exposto, nego seguimento à apelação interposta pela parte autora, bem como dou parcial provimento à apelação da ré e à remessa oficial, o que faço com fulcro no que dispõe o art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Johanson de Salvo
Desembargador Federal

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017874-22.1994.4.03.6100/SP

97.03.035106-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : NUTY ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : FLAVIA VALERIA REGINA PENIDO e outros
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 94.00.17874-3 13 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que julgou improcedente o pedido inicial formulado em Ação Ordinária que objetiva provimento jurisdicional para reconhecer a nulidade de confissão de dívida assinada por ela e o parcelamento dos cálculos elaborados pela Fazenda, ao argumento de que houve coação pelo clima de terror instaurado pela imprensa, bem como protestou contra a utilização da TR e da UFIR na atualização monetária do seu débito.

A autora apelou, reiterando os termos da inicial.

Decido.

O recurso é manifestamente improcedente.

Caberia à autora, nos termos do artigo 333 do CPC, I, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Não há qualquer prova de coação. Alegar que tal fato se deu por clima de terror instaurado pela imprensa não tem o condão de afastar a presunção de legalidade do ato administrativo.

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL PRODUZIDO EM JUÍZO. IMPRESTABILIDADE. ÔNUS DA PROVA (ART. 333 DO CPC). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REFORMA DA SENTENÇA NESSE ASPECTO. 1. A inexistência de prescrição e de decadência foi bem decidida em primeiro grau. 2. O trabalho pericial é imprestável, e nada acrescentou ao conjunto probatório dos autos, uma vez deixou de analisar os indícios coletados acerca da imprestabilidade da documentação fiscal do apelante. 3. No tocante ao depoimento do sócio da empresa, em momento algum buscou o apelante demonstrar a coação, ou qualquer outro vício de consentimento, ou, ainda, confrontar os fatos detalhadamente narrados por Braz da Cruz aos agentes fiscais, através do depoimento em juízo. 4. Ao apelante caberia provar o seu direito (artigo 333, inciso I do CPC), e afrontar, no mesmo passo, a presunção juris tantum de certeza e legalidade dos atos administrativos inquinados, o que não se verificou nos autos. 5. Descabida a pretendida atribuição de ônus probatório ao apelado, com base no artigo 333, inciso II do CPC, porque não há falar na existência de qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo de que se possa valer o apelante em face do apelado. 6. Honorários arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 7. Apelação parcialmente provida.

(TRF3 - AC 200203990402971 - JUIZ SANTORO FACCHINI - SEXTA TURMA - DJF3 CJI DATA:13/09/2010

PÁGINA: 705)

TR

Não se deve olvidar que a T.R. foi criada em fevereiro de 1991 (Lei 8.177/91) e, no que tange às dívidas fiscais, tem como marco final dezembro de 1991, uma vez que, a partir de janeiro de 1992 (inclusive) os débitos passaram a ser atualizados monetariamente segundo a variação da UFIR (Lei 8.383/91).

Haveria cobrança de T.R. caso o débito remontasse a competência anterior a dezembro de 1991. Logo, inútil qualquer discussão sobre a T.R., pois - reitere-se - na espécie, não se exige juros iguais à T.R.

As cortes superiores já pacificaram o entendimento de que é lícita a incidência da Taxa Referencial sobre os créditos tributários:

EMENTA: PRETENSÃO CONSISTENTE EM AFASTAR A INCIDÊNCIA DE ENCARGOS, COM BASE NA TAXA REFERENCIAL DIÁRIA -- TRD, SOBRE DÉBITO RELATIVO A PARCELAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 30 DA LEI Nº 8.218, DE 29.08.91, QUE ALTEROU O ART. 9º DA LEI Nº 8.177, DE 1º.03.91. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. JUROS. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É de repelir-se a alegação de falta de previsão para a cobrança de encargos no período de fevereiro a julho de 1991, porque os tributos federais permaneceram desindexados por força da Medida Provisória nº 294, convertida na Lei nº 8.177/91, e só veio a ser permitida a cobrança de juros de mora equivalentes à TRD pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91, convertida na Lei nº 8.218/91.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI 835, em que se questionava a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.91, que alterou o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1º.03.91, entendeu que a Medida Provisória nº 294, que resultou na Lei nº 8.177, de 1º.03.91, já previa a incidência, a partir de fevereiro de 1991, da TRD sobre impostos, multas e demais obrigações fiscais e parafiscais.

Questão que, ademais, não prescinde de exame no campo infraconstitucional.

Quanto à cobrança de juros acima do patamar constitucional de 12%, a decisão recorrida está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que proclama que a referida regra necessita de integração legislativa para sua concretização.

Recurso não conhecido.

(STF, RE 218290/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 28-04-2000 PP-00096 EMENT VOL-01988-05 PP-01038). PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO-DEMONSTRADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APLICAÇÃO DA TRD. LEIS N. 8.177/91 (ART. 9º) E 8.218/91 (ART. 30). DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

- 1. Não cabe ao Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.*
- 2. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.*
- 3. O STJ pacificou o entendimento de que, a teor do disposto no art. 9º da Lei n. 8.177/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.218/91, é legítima a utilização da TRD como juros de mora, a partir do mês de fevereiro de 1991, por não infringir os princípios constitucionais da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido*
- 4. Incide a contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário por constituir este parcela de natureza salarial.*
- 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.*

(STJ, Segunda Turma, RESP 222064/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ DATA:16/05/2005 PG:00279).

UFIR

A UFIR, nos termos da Lei nº 8.383/91 é índice de correção monetária e não taxa de juros, daí que é legal a sua aplicação no período contestado.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. IPI. PARCELAMENTO DO DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADOÇÃO DA TR. IMPOSSIBILIDADE. INPC E UFIR. APLICABILIDADE. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-COMPROVADO.

- 1. Não se aplica a TR na correção monetária dos créditos/débitos tributários, devendo incidir, na vigência da Lei n. 8.177/91, o INPC, e, a partir de janeiro/92, a Ufir. Precedentes.*
 - 2. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.*
 - 3. Agravo regimental interposto pela União não-provido. Embargos declaratórios opostos por Fábricas Unidas de Tecidos Rendas e Bordados S/A e outro recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento.*
- (STJ, EDAG 640620/RJ, Segunda Turma, rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ DATA:07/11/2005 PG:00206).*

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, *Caput*, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo da impetrante.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00014 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0010649-23.2000.4.03.6105/SP
2000.61.05.010649-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : REAL SOCIEDADE PORTUGUESA DE BENEFICENCIA
ADVOGADO : LUCIANA MARCIA LUPPI GOUVÊA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União em face de sentença que, em Ação Ordinária, julgou procedente o pedido inicial, que objetiva provimento jurisdicional para afastar a exigência de multa moratória e a sobre seus débitos pagos em atraso, bem como a sua compensação.

Sustenta ser indevida a inclusão de multa moratória em face da denúncia espontânea do débito, o que, nos termos do art. 138 do CTN, autoriza a exclusão dessa sanção.

Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00.

A União recorreu, afirmando a legalidade da multa de mora e sua aplicabilidade na hipótese.

Decido.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA E MULTA DE MORA

O benefício da denúncia espontânea não se aplica às contribuições declaradas, mas recolhidas em atraso, ainda que de uma única vez.

Quem não cumpre as obrigações em dia deve-se submeter às conseqüências legais da mora. Proceder de outro modo significa premiar o infrator das normas jurídicas - inadimplente -, estimulando o enriquecimento sem causa do devedor em detrimento do credor, o que é repudiado pelo ordenamento jurídico.

Assim ficou definida a matéria pelo STJ:

O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

(Súmula 360, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 08/09/2008)

O STJ, inclusive, apreciou a matéria no regime de Recursos Repetitivos (Art. 543-C do CPC);

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08 (REsp Nº 962.379 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE DATA:28/10/2008).

Sucumbência invertida.

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, 1-A, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso da União.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000509-12.2010.4.03.6126/SP
2010.61.26.000509-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : POLIMETRI IND/ METALURGICA LTDA
ADVOGADO : LUIZ APARECIDO FERREIRA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP

No. ORIG. : 00005091220104036126 2 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela impetrante de sentença que julgou parcialmente procedente mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a aplicação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP às alíquotas dos Riscos Ambientais do Trabalho - RAT, com a restauração da aplicabilidade do art. 22, II, da Lei nº 8.212/91.

A sentença foi de parcial procedência somente na parte relativa à suspensão do exigibilidade da contribuição em tela, enquanto pendente a decisão de recurso administrativo.

Alega-se, em síntese, a ilegalidade da utilização do FAP, pois sua sistemática de cálculo afronta os princípios da estrita legalidade, publicidade, segurança jurídica, ampla defesa e o devido processo legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da apelação.

Decido.

Nos termos do Decreto nº 6.957/2009, o FAP é utilizado para calcular as alíquotas da tarificação individual por empresa do Seguro Acidente do Trabalho.

O decreto regulamenta as Resoluções nºs 1.308/2009 e 1.309/2009 do CNPS e traz a relação das subclasses econômicas, com o respectivo percentual de contribuição (1%, 2% e 3%) de cada atividade econômica, determinando que sobre esses percentuais será calculado o FAP.

O FAP é um multiplicador a ser aplicado às alíquotas de 1%, 2% ou 3% da tarificação coletiva por subclasse econômica, incidentes sobre a folha de salários das empresas para custear aposentadorias especiais e benefícios decorrentes de acidentes de trabalho.

A metodologia determina a redução do percentual para as empresas que registrarem queda no índice de acidentalidade e doenças ocupacionais.

Por sua vez, as que apresentarem maior número de acidentes e ocorrências mais graves terão aumento no valor da contribuição.

Na verdade, a incidência de alíquotas diferenciadas, bem como dos fatores redutores e majorantes, de acordo com o risco da atividade laboral e o desempenho da empresa, obedece ao princípio da equidade (inciso V do parágrafo único do artigo 194 da CF/88).

O FAP varia de 0,5 a 2 pontos, o que significa que a alíquota de contribuição da empresa pode ser reduzida à metade ou dobrar. O aumento ou a redução do valor da alíquota passará a depender do cálculo da quantidade, frequência, gravidade e do custo dos acidentes em cada empresa.

Não há infração aos princípios da legalidade genérica e estrita (art. 5º, II e 150, I da CF), em qualquer de suas conseqüências.

O FAP está expressamente previsto no artigo 10 da Lei nº 10.666/2003 e o Decreto nº 6.957/09, que o regulamentou, por sua vez, não inovou em relação às as Leis nºs 8.212/91 e 10.666/2003, apenas explicitou as condições concretas para o que tais normas determinam.

As Leis nº 8.212/91 e 10.666/2003 criaram o tributo e descreveram a hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota, em consonância com os princípios da tipicidade tributária e da segurança jurídica. As normas legais também atenderam as exigências do art. 97 do Código Tributário Nacional, quanto à definição do fato gerador, mas, por seu caráter genérico, a lei não deve descer a minúcias a ponto de elencar todas as atividades e seus respectivos graus de risco. Essa competência é do Decreto regulamentar, ao qual cabe explicitar a lei para garantir-lhe a execução. Por fim, a contribuição atacada é calculada pelo grau de risco da atividade preponderante da empresa, e não de cada estabelecimento, não infringindo o Princípio da Igualdade Tributária (art. 150, II, CF) e da capacidade contributiva, já que a mesma regra é aplicada a todos os contribuintes.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SAT. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO-FAP. PEDIDO LIMINAR.

1. O governo federal ratificou Resolução do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) ao definir a nova metodologia do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), que deve ser utilizado a partir de janeiro de 2010 para calcular as alíquotas da tarificação individual por empresa do Seguro Acidente, conforme o Decreto nº 6.957/2009. O decreto regulamenta as Resoluções nºs 1.308/2009 e 1.309/2009, do CNPS e traz a relação das subclasses econômicas - a partir da lista da Classificação Nacional de Atividades Econômicas -, com o respectivo percentual de contribuição (1%, 2% e 3%) de cada atividade econômica, determinando que sobre esses percentuais incidirá o FAP.

2. Não se percebe à primeira vista infração aos princípios da legalidade genérica e estrita (art. 5º, II e 150, I da CF), em qualquer de suas conseqüências. O FAP está expressamente previsto no artigo 10 da Lei nº 10.666/2003. O Decreto nº 6.957/09 não inovou em relação ao que dispõe as Leis nºs 8.212/91 e 10.666/2003, apenas explicitando as condições concretas para o que tais normas determinam.

3. Embora não seja legalmente vedada a concessão de liminar ou antecipação de tutela em ação que discute o lançamento de crédito tributário, a presunção de constitucionalidade das leis e de legalidade do ato administrativo, aliás desdobrada na executoriedade da certidão de inscrição em dívida ativa, impõe que a suspensão de sua

exigibilidade por provimento jurisdicional precário, sem o depósito do tributo, só possa ser deferida quando a jurisprudência dos tribunais esteja remansosamente formada em favor do contribuinte, ou quando o ato de lançamento se mostrar teratológico.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AI 2010.03.00.002250-3, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, Segunda Turma, j. 06/04/2010, DJF3 15/04/2010).

Com a edição do Decreto n.º 7.126/2010, foi atribuído efeito suspensivo a todos os processos administrativos que impugnam os critérios utilizados para a composição do Fator Acidentário Previdenciário - FAP, decreto esse que contempla inclusive os processos administrativos em curso na data de sua publicação, (04/03/2010).

Com tais considerações, nos termos do artigo 557, Caput, do CPC, NEGOU SEGUIMENTO à apelação.

P. I.

Oportunamente, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

Expediente Nro 7335/2010

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0004200-15.2000.4.03.6181/SP

2000.61.81.004200-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : ROBERTO SKUBS
ADVOGADO : ADHEMAR VALVERDE e outro
APELADO : Justica Publica
EXCLUIDO : ANTONIO HENRIQUE TRUFFI (desmembramento)
: VICTORIO TRUFFI (desmembramento)
: FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO (desmembramento)
No. ORIG. : 00042001520004036181 3P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

APELAÇÃO CRIMINAL interposta por ROBERTO SKUBS contra a sentença, publicada em 21/1/2009, onde foi condenado pelo crime do artigo 168-A do Código Penal a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e 11 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma multa e uma restritiva de direitos (fls. 568/576).

Narra a denúncia, recebida em 28/9/1999, que o apelante, ANTONIO HENRIQUE TRUFFI, VICTORIO TRUFFI e FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO, na qualidade de responsáveis pela administração e gerência da empresa TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, deixaram de recolher as contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados no período de 4/1997 a 7/1998, conforme as NFLD nº 32.308.696-9 e 32.308.684-5, nos valores de R\$ 67.864,80 e R\$ 145.219,38, respectivamente (fls. 2/4 e 284).

O processo foi desmembrado e suspenso em relação a ROBERTO SKUBS, de 29/6/2000 a 27/1/2006 (fls. 356, 444/445 e 466).

Nas razões de fls. 590/594, pleiteia a absolvição, ao argumento de que a autoria não está comprovada, pois nunca integrou o quadro societário da TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e não há menção da empresa TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO na denúncia.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas contrarrazões (fls. 597/603), pugnou pela manutenção da sentença.

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer (fls. 630/635), **opinou pela decretação da nulidade da sentença**, por ser a inicial inepta em relação ao apelante ou, rejeitada a matéria preliminar, pelo parcial provimento ao recurso **para que o réu seja absolvido**, nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

Consoante os extratos juntados pelo *parquet* federal, na ação penal principal (nº 1999.61.81.005822-1), foi declarada a extinção da punibilidade de VICTORIO TRUFFI, falecido em 4/4/2001, seu filho ANTONIO HENRIQUE TRUFFI foi condenado e FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO, que também era diretor da **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, restou absolvido, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal. Posteriormente, neste grau de jurisdição, reconheceu-se a prescrição da pretensão punitiva em relação a ANTONIO HENRIQUE TRUFFI (fls. 636 e 637).

Autos conclusos em 29/9/2010.

Decido.

Embora seja difícil cogitar-se de uma teoria geral do processo que abarque a jurisdição cível e a jurisdição criminal - sem embargo dos esforços de notáveis doutrinadores, que no fundo nada mais fizeram do que tratar de institutos que são

"comuns" ao processo civil e ao processo penal - é realidade jurídica que por terem ambas pontos de contato, o artigo 3º do Código de Processo Penal autoriza a aplicação analógica de institutos e providências não cogitadas no âmbito do Processo Penal.

Penso que as benfazejas reformas pontuais do Código de Processo Civil estabeleceram providências destinadas a imprimir celeridade processual - ao encontro do preceituado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição - que podem ser utilizadas no âmbito do Processo Penal analogicamente, desde que usadas *cum granum salis*.

Entendo que o artigo 557 do Código de Processo Civil é uma delas, especialmente quando a singularidade do caso revela que o tema de fundo merece apreciação, sobretudo sob o prisma do direito material, restando *em segundo plano* as questões de fato que mereceriam inflexão mais demorada.

Ou, muito excepcionalmente, quando a matéria de fato seria indiscutível à luz do conjunto probatório.

No caso dos autos, penso ser possível a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, pois o caderno probatório não comporta dúvida a respeito dos temas tratados no recurso interposto, recordando-se que *tantum devolutum quantum appellatum*, razão pela qual passo a analisá-lo.

Inicialmente, afastado a preliminar de nulidade por inépcia da inicial, aventada pela PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, pois cuida-se de matéria **preclusa**, vez que não arguida em primeiro grau de jurisdição. Neste sentido é a jurisprudência dos Tribunais superiores:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. PRECLUSÃO DA ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. COMPORTAMENTOS TÍPICOS ATRIBUÍDOS AOS RECORRENTES DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. HIPÓTESES TAXATIVAS.

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal segundo a qual não é possível reexame de provas na via do habeas corpus.

2. Sentença condenatória fundamentada com base nos fatos e nas provas que permeiam a lide.

3. A arguição de inépcia da denúncia está coberta pela preclusão quando, como na espécie, aventada após a sentença penal condenatória, o que somente não ocorre quando a sentença vem a ser proferida na pendência de habeas corpus já em curso. Precedentes.

4. Denúncia que contém "a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias", com adequada indicação da conduta ilícita imputada aos recorrentes, de modo a propiciar a eles o pleno exercício do direito de defesa (art. 41 do Código de Processo Penal).

5. Hipóteses descritas no art. 252 do Código de Processo Penal. Rol taxativo.

6. Recurso ao qual se nega provimento. (STF - RHC 98091, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/3/2010, publicado em 15/4/2010)

HABEAS CORPUS. PACIENTE QUE, ABSOLVIDO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, RESTOU CONDENADO A 20 ANOS E 11 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, PELO CRIME DE LATROCÍNIO (ART. 157, § 3o.). INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO AGITADA NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECLUSÃO DO TEMA, QUE, CONFORME PRECEDENTES DESTES STJ, DEVE SER ALEGADO ATÉ A DECISÃO CONDENATÓRIA. TEMPESTIVIDADE DO APELO MINISTERIAL. ATRASO NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. MERA IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ARESTO CONDENATÓRIO. DECISÃO ARRIMADA NAS DECLARAÇÕES DE UM DOS CORRÉUS, ALÉM DE OUTRAS DUAS TESTEMUNHAS, TANTO NA FASE INQUISITORIAL COMO EM JUÍZO. NEGATIVA DE AUTORIA DO PACIENTE QUE SE MOSTRA DESCOLADA DO RESTANTE DO ACERVO PROBATÓRIO COLACIONADO NOS AUTOS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A pretensão de inépcia da denúncia não foi objeto de debate perante as instâncias anteriores, consubstanciando sua análise neste Superior Tribunal inadmissível supressão de instância.

2. Ainda que superado o óbice, firme é o entendimento desta Corte Superior que, a inépcia da inicial acusatória estaria preclusa, porquanto não agitada pela defesa anteriormente à decisão condenatória.

3. O fato de as razões recursais terem sido apresentadas fora do prazo de 8 dias previsto no art. 600, caput do CPP, sob o argumento de excesso de atribuições, configura mera irregularidade, o que não impede o conhecimento do recurso de apelação.

4. Constata-se que o Tribunal de origem apreciou devidamente o conjunto probatório produzido na Ação Penal, tendo concluído que, a despeito da negativa de autoria do paciente, as declarações de um dos corréus, bem como de outras duas testemunhas, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, demonstraram sua presença no momento do fato.

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(STJ - HC 160.531/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/8/2010, publicado em 4/10/2010)

Prossigo, examinando o mérito.

Compulsando os autos, verifico que o INSS noticiou ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a lavratura da **NFLD nº 32.308.696-9** contra a empresa **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, administrada por VICTORIO TRUFFI (presidente), ANTONIO HENRIQUE TRUFFI (superintendente), ROBERTO SKUBS (diretor administrativo-financeiro) e FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO (diretor comercial-industrial) (fls. 9/142). E, também, a lavratura da

NFLD nº 32.308.684-5 em face da empresa **TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, cujo quadro societário era composto por VICTORIO TRUFFI e ANTONIO HENRIQUE TRUFFI, unicamente (fls. 144/279). O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, todavia, denunciou VICTORIO TRUFFI, ANTONIO HENRIQUE TRUFFI, o apelante ROBERTO SKUBS e FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO, na qualidade de responsáveis pela administração e gerência da empresa **TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, por apropriação indébita previdenciária, no período de 4/1997 a 7/1998, conforme as **NFLD nº 32.308.696-9 e 32.308.684-5** (fls. 2/4). Ou seja, misturou o corpo diretivo das **duas** empresas, mencionado apenas **uma**, e imputou a **todos** os fatos descritos nas **duas** NFLD.

A denúncia foi recebida nestes exatos termos e **nunca** foi aditada.

ROBERTO SKUBS, citado por edital, não compareceu ao interrogatório, motivo pelo qual os autos foram desmembrados em relação a sua pessoa, suspendendo-se o curso da ação penal e do prazo prescricional, além de ter sido expedido mandado de prisão preventiva. Esta situação perdurou de 29/6/2000 a 27/1/2006, quando peticionou, informando que era empregado da **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO** e, após ser dispensado mudou com sua família para o interior do Estado, razão pela qual nunca soube que foi citado por edital. Requereu, ainda, a revogação do mandado de prisão e nova audiência de interrogatório, o que foi deferido (fls. 356, 444/445 e 466).

Em juízo, ROBERTO SKUBS confirmou que foi diretor da **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, na condição de empregado e não de acionista, assim como FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO, e trabalhou nesta empresa até 12/1998, cuidando da contabilidade. Afirmou que quem decidia sobre os pagamentos dos tributos era o superintendente ANTONIO HENRIQUE TRUFFI. No mais, que nunca teve qualquer relação com a empresa **TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA** (fls. 486/487).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha de defesa (fls. 516/517) e a acusação, nas alegações finais, requereu a **absolvição** do réu (fls. 522/528).

Adveio a sentença, onde o apelante foi condenado nos termos da inicial, pois no entendimento da I. Juíza *a quo*, o réu defende-se dos fatos e não da acusação e a peça inaugural mencionava uma NFLD referente à empresa em que havia laborado, a **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO** (fls. 568/575).

Certamente o acusado defende-se dos fatos e, na hipótese dos autos, foi imputado a ROBERTO SKUBS, expressamente na qualidade de dirigente da **TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, o crime de apropriação indébita previdenciária, donde se leva a crer que a dívida desta empresa é o objeto da ação penal. Neste sentido, inclusive, foi a linha defensiva durante toda a marcha processual.

Ora, a menção à NFLD relativa à **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO** na inicial, constitui **erro material** e, obviamente não serve para estender a acusação. Como acima colocado, este foi um dos diversos equívocos contidos na denúncia, tanto que o *parquet* federal, nas alegações finais, pugnou pela absolvição do apelante.

Saliente-se, ainda, que o correu na ação penal principal (nº 1999.61.81.005822-1), FLAVIO REINA DE FIGUEIREDO, que também era diretor da **TRUFFI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO** e, portanto encontrava-se na **mesma** situação de ROBERTO SKUBS, restou absolvido, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Comprovado, então, que ROBERTO SKUBS nunca participou da administração da empresa **TRUFIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, sua absolvição é de rigor, também com fulcro no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

Por todo o exposto, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso da defesa para absolver ROBERTO SKUBS, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007819-33.2004.4.03.6109/SP
2004.61.09.007819-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : Justica Publica

APELADO : SAMUEL WIEZEL

: SERGIO PAULO WIEZEL

: CELSO WIEZEL

: ORDIWAL WIEZEL JUNIOR

: WAGNER EDER WIEZEL

: ORDIWAL WIEZEL

ADVOGADO : JOSE ANTONIO FRANZIN e outro

No. ORIG. : 00078193320044036109 2 Vr PIRACICABA/SP

DESPACHO

Na esteira da manifestação ministerial de fls. 951 e v, intime-se a defesa dos réus para que ofereça as contrarrazões ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00003 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008954-58.2004.4.03.6181/SP
2004.61.81.008954-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

APELANTE : Justica Publica

APELANTE : EDEMAR CID FERREIRA

ADVOGADO : ARNALDO MALHEIROS FILHO

APELANTE : ALVARO ZUCHELI CABRAL

: MARIO ARCANGELO MARTINELLI

ADVOGADO : SONIA COCHRANE RAO

APELANTE : RICARDO FERREIRA DE SOUZA E SILVA

ADVOGADO : LEONIDAS RIBEIRO SCHOLZ

APELANTE : RODRIGO RODRIGUES DE CID FERREIRA

ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON

APELANTE : ANDRE PIZELLI RAMOS

ADVOGADO : ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

APELADO : CLIVE JOSE VIEIRA BOTELHO

ADVOGADO : OTTO STEINER JUNIOR

APELADO : ARY CESAR GRACIOSO CORDEIRO

ADVOGADO : SONIA COCHRANE RAO

APELADO : MARCELO BERNARDINI

ADVOGADO : ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

APELADO : CARLOS ENDRE PAVEL

: FRANCISCO SERGIO RIBEIRO BAHIA

: ANTONIO RUBENS DE ALMEIDA NETO

ADVOGADO : OTTO STEINER JUNIOR

APELADO : ELISEU JOSE PETRONE

ADVOGADO : ANA BEATRIZ SAGUAS PRESAS ESTEVES

APELADO : FERNANDO DE ASSIS PEREIRA

ADVOGADO : OTTO STEINER JUNIOR

APELADO : MARCIO DAHER

ADVOGADO : ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

APELADO : NEI MUNIZ

ADVOGADO : ANA BEATRIZ SAGUAS PRESAS ESTEVES

APELADO : OS MESMOS

CO-REU : RICARDO LUCENA DE OLIVEIRA

: GUSTAVO DURAZZO

: MARCIO SERPEJANTE PEPPE

DESPACHO

Fls. 16.184/16186

Ciência às partes.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 01 de dezembro de 2010.
Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0011122-96.2005.4.03.6181/SP
2005.61.81.011122-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : Justica Publica
APELADO : JONATHAN SABINO BARROS
ADVOGADO : NAELCIO FRANCISCO DA SILVA e outro
NÃO OFERECIDA : WAGNER CESAR DA SILVA
DENÚNCIA :
No. ORIG. : 00111229620054036181 9P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

APELAÇÃO CRIMINAL interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a sentença, publicada em 5/10/2009, onde JONATHAN SABINO BARROS foi condenado pelo crime do artigo 289, parágrafo 1º, do Código Penal, a 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 7 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma multa de 1 salário mínimo e uma restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade (fls. 231/236 e 241/242).

Nas razões de fls. 245/248, requer a reforma da dosimetria da pena, nos termos da Súmula 231 do STJ, pois a incidência de circunstância atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

O apelado, nas contrarrazões, pugnou pela manutenção da sentença (fls. 255).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer (fls. 265/268), opinou pelo **provimento** do recurso ministerial.

Autos conclusos em 25/10/2010 (fls. 269).

Decido.

Embora seja difícil cogitar-se de uma teoria geral do processo que abarque a jurisdição cível e a jurisdição criminal - sem embargo dos esforços de notáveis doutrinadores, que no fundo nada mais fizeram do que tratar de institutos que são "comuns" ao processo civil e ao processo penal - é realidade jurídica que, por terem pontos de contato, o artigo 3º do Código de Processo Penal autoriza a aplicação analógica de institutos e providências não cogitadas no âmbito do Processo Penal.

Penso que as benfazejas reformas pontuais do Código de Processo Civil estabeleceram providências destinadas a imprimir celeridade processual - ao encontro do preceituado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal - que podem ser utilizadas no âmbito do Processo Penal analogicamente, desde que *cum granum salis*.

Entendo que o artigo 557 do Código de Processo Civil é uma delas, especialmente quando a singularidade do caso revela que o tema de fundo merece apreciação, sobretudo sob o prisma do direito material, restando *em segundo plano* as questões de fato que mereceriam inflexão mais demorada. Ou, muito excepcionalmente, quando a matéria de fato seria indiscutível à luz do conjunto probatório.

No caso dos autos, penso ser possível a aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil, pois o caderno probatório não comporta dúvida a respeito do tema tratado no recurso interposto, recordando-se que *tantum devolutum quantum appellatum*, motivo pelo qual passo a analisá-lo.

Assiste razão ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL quando se insurge contra a dosimetria da pena imposta ao réu, condenado pelo crime do artigo 289, parágrafo 1º, do Código Penal.

A I. Juíza sentenciante fixou a **pena-base no mínimo legal**, 3 anos de reclusão e 10 dias-multa e, na segunda fase, devido à menoridade do réu na data do fato, reconheceu a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal e **aplicou** a redução de 1/3, o que está errado.

Dispõe a Súmula 231 do C. STJ que *a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal*, justamente o que se deu na hipótese dos autos.

Ressalte-se que o erro está na **aplicação** da atenuante, e não no seu reconhecimento, pois o apelado, nascido em 12/8/1986 (fls. 137), praticou a conduta criminosa no dia 3/11/2005, com 19 anos de idade (fls. 2/3).

Assim, nos termos do recurso ministerial, não obstante reconhecer que o réu faz jus à atenuante prevista no artigo 65, I, do Código Penal, deixo de aplicá-la por ter sido a pena-base fixada no patamar mínimo legal, **3 anos de reclusão e 10 dias-multa**, que torno definitiva ante a falta de agravantes, causas de aumento e de diminuição.

Sem reparo o regime prisional aberto, o valor unitário do dia-multa no mínimo legal e a substituição da reprimenda corporal por uma multa e uma pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade.

Apenas em relação à multa substitutiva, de ofício, destino-a à União Federal, nos termos do artigo 45, parágrafo 1º, do Código Penal.

Por todo o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e, de ofício, destino a multa substitutiva à União Federal.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

Expediente Nro 7342/2010

00001 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0071092-77.2004.4.03.0000/SP
2004.03.00.071092-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
AGRAVANTE : LUCIANO SANTIAGO MEIRELLES REIS
ADVOGADO : FABIO KALIL VILELA LEITE
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TAUBATE - 21ª SSJ - SP
No. ORIG. : 2004.61.21.002505-6 1 Vr TAUBATE/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Luciano Santiago Meirelles Reis contra decisão pela qual, em autos de ação ordinária, foi indeferido pedido de antecipação de tutela.

Todavia, consultando o Sistema de Informações Processuais desta Corte - SIAPRO constato que nos autos da ação principal houve a prolação de sentença de extinção do processo, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, depreendendo-se a perda de objeto do presente recurso.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, XII, do Regimento Interno desta Corte, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento.

Comunique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos a Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00002 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0039174-79.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.039174-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE : CARLOS EDUARDO VIEIRA RIBEIRO
ADVOGADO : MARCELO DELMANTO BOUCHABKI
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
PARTE RE' : CABANHA IND/ E COM/ LTDA -ME
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ANGATUBA SP
No. ORIG. : 03.00.00016-3 1 Vr ANGATUBA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CARLOS EDUARDO VIEIRA RIBEIRO contra a parte da decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Angatuba/SP que, atuando sob delegação constitucional em sede de

execução fiscal de dívida ativa previdenciária, **rejeitou exceção de pré-executividade** oposta com o objetivo de ver reconhecida a **prescrição** do crédito tributário.

Assim procedeu o d. juiz da causa por considerar que houve interrupção do prazo prescricional em razão do parcelamento administrativo da dívida.

Requer a agravante a concessão de efeito suspensivo ativo ao presente agravo (fl. 02) aduzindo, em síntese, que o prazo prescricional voltou a fluir quando da rescisão do parcelamento e que seu comparecimento aos autos, dando-se por citado, deu-se quando já decorrido mais de cinco anos daquele evento.

Decido.

Cuida a controvérsia noticiada de objeção de pré-executividade interposta em sede de execução fiscal, na qual pretende a parte executada demonstrar a ocorrência de prescrição.

Por intermédio da exceção de pré-executividade, pode a parte vir a juízo argüir nulidade sem que necessite utilizar-se dos embargos à execução, uma vez que se trata de vício fundamental que priva o processo de toda e qualquer eficácia, além de ser matéria cuja cognição deve ser efetuada de ofício pelo Juiz.

Existe a possibilidade de o devedor utilizar-se da objeção de pré-executividade, leciona Humberto Theodoro Júnior, "sempre que a sua defesa se referir a questões de ordem pública e ligadas às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais", afirmando ainda que quando "depende de mais detido exame de provas, que reclamam contraditório, só através de embargos será possível a argüição da nulidade" (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 33ª ed., Ed. Forense, p. 134 e 266).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que é possível reconhecer a prescrição em sede de exceção de pré-executividade, desde que não haja necessidade de dilação probatória e seja verificável de plano, consoante demonstrado no EREsp 388.000/RS, rel. Ministro Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Ministro José Delgado, j. 16/03/2005, DJU: 28/11/2005.

Sucedem que no caso presente as alegações da agravante não podem ser comprovadas sem exame acurado dos documentos, ou seja, não há como apreciar essas questões sem o amplo revolvimento de provas e apreciação de circunstâncias fáticas.

Com efeito, a questão prescricional aqui debatida não é de fácil solução na medida em que **a empresa executada aderiu ou solicitou adesão a programas de parcelamento em duas ocasiões distintas** (fls. 191/201).

A propósito, na exceção de pré-executividade (fls. 157/168) o excipiente omitiu tal circunstância, afirmando singelamente que teria decorrido prazo superior a cinco anos entre a data da constituição do crédito tributário e o seu comparecimento aos autos. Tal conduta afigura-se passível inclusive de *litigância de má-fé* (artigo 17, II, do Código de Processo Civil).

A lide é, de fato, complexa e demanda dilação probatória, pois resta evidente que a adesão a programa de parcelamento implica em interrupção de prazo prescricional nos termos do disposto no art. 174, parágrafo único, inc. IV, do Código Tributário Nacional.

Sendo assim, a pretensão do excipiente extravasa o âmbito de cognição possível em sede de exceção de pré-executividade.

Atender-se o pleito da parte agravante nos moldes em que colocado importa em transformar o Poder Judiciário em legislador positivo, ampliando indevidamente o âmbito de uma providência que não passa de uma criação jurisprudencial, visto que a exceção de pré-executividade não é prevista em lei.

Ademais, em atenção à garantia constitucional insculpida no artigo 5º, LV, mesmo provas documentais pré-constituídas dependem de contraditório para serem aproveitadas no processo, como é o caso dos autos.

Essa é a posição sumulada do Superior Tribunal de Justiça:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

(Súmula 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - SÚMULA 7/STJ.

É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que em sede de exceção de pré-executividade é possível a alegação da ocorrência de prescrição dos créditos discutidos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e **que não haja a necessidade de dilação probatória**, o que não é o caso dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1256401/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO POR MEIO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE.

1. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos EREsp 388.000/RS, pacificou o entendimento de que pode ser alegada a prescrição por meio de Exceção de Pré-Executividade, **desde que desnecessária a dilação probatória**.
2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1098645/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 06/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. ENCARGO LEGAL DE 20% DO DL. N. 1.025/69. LEGALIDADE.

1. **É cabível a exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, como a prescrição, não sendo permitida, entretanto, a sua interposição quando o seu acolhimento dependa de dilação probatória, como no caso dos autos.**

2. (...)

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não-provido.

(REsp 1140794/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010)

PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ADMISSÃO ANTES DE EFETIVADA A PENHORA - IMPOSSIBILIDADE.

I - O sistema consagrado no Art. 16 da Lei 6.830/80 não admite as denominadas "exceções de pré-executividade".

II - O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe rapidez.

III - Nada impede que o executado - antes da penhora - advirta o Juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer "tabula rasa" do preceito contido no Art. 16 da LEF. Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário.

(RESP 143571 / RS; 1ª TURMA; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; DJU: 01/03/1999).

Realmente. O alerta lançado no v. aresto acima referido convida à meditação.

Existe um caminho processual traçado pelo legislador que permite ao executado opôr-se à execução. São os embargos do devedor (art. 736 do Código de Processo Civil c.c. art. 16 da Lei de Execuções Fiscais) onde toda matéria interessante à defesa pode ser deduzida, ainda mais depois da reforma do Código de Processo Civil operada recentemente.

O que não pode existir, sob pena de a criação jurisprudencial sobrepujar a do legislador, invadindo-lhe as competências constitucionais, é tolerar o alargamento de uma trilha estreita aonde na verdade só seria possível ser deduzida matéria apurável "*ictu oculi*".

O presente agravo de instrumento está em manifesto confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça no que tange a acepção restrita com que a exceção de pré-executividade deve ser conhecida, de modo que nos termos do artigo 557, "*caput*", do Código de Processo Civil, **nego-lhe seguimento**.

Comunique-se ao juízo "*a quo*".

Com o trânsito, dê-se baixa.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

Johonsom di Salvo

Desembargador Federal

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043948-55.2009.4.03.0000/SP

2009.03.00.043948-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE : IGE IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : LUIZ CARLOS MIGUEL
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
PARTE RE' : DOMENICO GALZERANO e outro
: ROSALIO GALZERANO NETO
ADVOGADO : JOAO BIASI
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DA FAZENDA PUBLICA DE LIMEIRA SP
No. ORIG. : 00.00.00185-8 1FP Vr LIMEIRA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IGÊ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Limeira que, atuando sob delegação constitucional em sede de execução fiscal de dívida ativa previdenciária, **rejeitou exceção de pré-executividade** oposta com o objetivo de ver reconhecida a **prescrição** do crédito tributário.

Assim procedeu o d. juiz da causa por considerar que a exceção não é a via adequada para o reconhecimento de prescrição por se tratar de questão que depende de exame de provas, especialmente quanto à existência de prováveis causas de interrupção do lapso prescricional, ainda mais porque a excepta comprovou que a empresa executada aderiu a dois programas de parcelamentos.

Requer a agravante a concessão de efeito suspensivo ativo ao presente agravo (fl. 02) aduzindo, em síntese, que juntou aos autos da execução fiscal cópia do processo administrativo que deu origem às CDA's cobradas, não sendo necessário mais nenhum tipo de prova.

Sustenta que pagou apenas cinco parcelas do parcelamento, encontrando-se em mora a partir do vencimento da sexta parcela vencida em 20/09/1998, fluindo a partir daí novo prazo prescricional.

Afirma ainda que apenas deu-se por citada com a protocolização da exceção de pré-executividade (22/12/2006), porquanto o mandado citatório foi cumprido apenas em relação aos sócios, de modo que se operou a prescrição quinquenal.

Decido.

Cuida a controvérsia noticiada de objeção de pré-executividade interposta em sede de execução fiscal, na qual pretende a parte executada demonstrar a ocorrência de prescrição.

Por intermédio da exceção de pré-executividade, pode a parte vir a juízo argüir nulidade sem que necessite utilizar-se dos embargos à execução, uma vez que se trata de vício fundamental que priva o processo de toda e qualquer eficácia, além de ser matéria cuja cognição deve ser efetuada de ofício pelo Juiz.

Existe a possibilidade de o devedor utilizar-se da objeção de pré-executividade, leciona Humberto Theodoro Júnior, *"sempre que a sua defesa se referir a questões de ordem pública e ligadas às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais"*, afirmando ainda que quando *"depende de mais detido exame de provas, que reclamam contraditório, só através de embargos será possível a argüição da nulidade"* (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 33ª ed., Ed. Forense, p. 134 e 266).

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que é possível reconhecer a prescrição em sede de exceção de pré-executividade, desde que não haja necessidade de dilação probatória e seja verificável de plano, consoante demonstrado no EREsp 388.000/RS, rel. Ministro Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Ministro José Delgado, j. 16/03/2005, DJU: 28/11/2005.

Sucedem no caso presente as alegações da agravante não podem ser comprovadas sem exame acurado dos documentos, ou seja, não há como apreciar essas questões sem o amplo revolvimento de provas e apreciação de circunstâncias fáticas.

Com efeito, a questão prescricional aqui debatida não é de fácil solução na medida em que **a empresa executada aderiu a programas de parcelamento em duas ocasiões distintas** (parcelamento convencional e REFIS - fls. 324/355) e em ambos os casos foi excluída por inadimplência.

A propósito, a agravante apenas relata a adesão ao parcelamento convencional que deixou de ser adimplido em 1998, nada mencionando acerca da adesão ao REFIS no ano de 2000, do qual foi também posteriormente excluída por falta de pagamento. Tal conduta afigura-se passível inclusive de **litigância de má-fé** (artigo 17, II, do Código de Processo Civil).

A lide é, de fato, complexa e demanda dilação probatória, pois resta evidente que a adesão a programa de parcelamento implica em interrupção de prazo prescricional nos termos do disposto no art. 174, parágrafo único, inc. IV, do Código Tributário Nacional.

Sendo assim, a pretensão da excipiente extravasa o âmbito de cognição possível em sede de exceção de pré-executividade.

Atender-se o pleito da parte agravante nos moldes em que colocado importa em transformar o Poder Judiciário em legislador positivo, ampliando indevidamente o âmbito de uma providência que não passa de uma criação jurisprudencial, visto que a exceção de pré-executividade não é prevista em lei.

Ademais, em atenção à garantia constitucional insculpida no artigo 5º, LV, mesmo provas documentais pré-constituídas dependem de contraditório para serem aproveitadas no processo, como é o caso dos autos.

Essa é a **posição sumulada** do Superior Tribunal de Justiça:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

(Súmula 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - SÚMULA 7/STJ.

É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que em sede de exceção de pré-executividade é possível a alegação da ocorrência de prescrição dos créditos discutidos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e **que não haja a necessidade de dilação probatória**, o que não é o caso dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1256401/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO POR MEIO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE.

1. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos EREsp 388.000/RS, pacificou o entendimento de que pode ser alegada a prescrição por meio de Exceção de Pré-Executividade, **desde que desnecessária a dilação probatória**.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1098645/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 06/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. ENCARGO LEGAL DE 20% DO DL. N. 1.025/69. LEGALIDADE.

1. **É cabível a exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, como a prescrição, não sendo permitida, entretanto, a sua interposição quando o seu acolhimento dependa de dilação probatória, como no caso dos autos.**

2. (...)

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não-provido.

(REsp 1140794/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010)

PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ADMISSÃO ANTES DE EFETIVADA A PENHORA - IMPOSSIBILIDADE.

I - O sistema consagrado no Art. 16 da Lei 6.830/80 não admite as denominadas "exceções de pré-executividade".

II - O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe rapidez.

III - Nada impede que o executado - antes da penhora - advirta o Juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer "tabula rasa" do preceito contido no Art. 16 da LEF. Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário.

(RESP 143571 / RS; 1ª TURMA; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; DJU: 01/03/1999).

Realmente. O alerta lançado no v. aresto acima referido convida à meditação.

Existe um caminho processual traçado pelo legislador que permite ao executado opôr-se à execução. São os embargos do devedor (art. 736 do Código de Processo Civil c.c. art. 16 da Lei de Execuções Fiscais) onde toda matéria interessante à defesa pode ser deduzida, ainda mais depois da reforma do Código de Processo Civil operada recentemente.

O que não pode existir, sob pena de a criação jurisprudencial sobrepujar a do legislador, invadindo-lhe as competências constitucionais, é tolerar o alargamento de uma trilha estreita aonde na verdade só seria possível ser deduzida matéria apurável "*ictu oculi*".

O presente agravo de instrumento está em manifesto confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça no que tange a acepção restrita com que a exceção de pré-executividade deve ser conhecida, de modo que nos termos do artigo 557, "*caput*", do Código de Processo Civil, **nego-lhe seguimento**.

Comunique-se ao juízo "*a quo*".

Com o trânsito, dê-se baixa.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

Johanson di Salvo

Desembargador Federal

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022152-71.2010.4.03.0000/MS

2010.03.00.022152-4/MS

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

AGRAVADO : OLGA VIEIRA VERDASCA
ADVOGADO : OLGA VIEIRA VERDASCA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE DOURADOS >2ºSSJ>MS
No. ORIG. : 00018340620104036002 2 Vr DOURADOS/MS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO (Fazenda Nacional), por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos da ação ordinária n.º 0001834-06.2010.403.6002, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Dourados/SP, que deferiu o pedido de liminar para o fim de desobrigar a autora do pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta resultante da comercialização da sua produção rural.

Sustenta, em síntese, a constitucionalidade da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, prevista no art. 25, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91. Alega, ainda, que a decisão proferida no RE nº 363.852 não se aplica ao caso dos autos, argumentando que os vícios de inconstitucionalidade declarados pela Suprema Corte foram corrigidos com a edição da Lei nº 10.256/01.

É o relatório.

Decido.

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, introduziu nova sistemática para interposição do recurso de agravo, e consagrou em definitivo a excepcionalidade da utilização do agravo de instrumento.

Assim, no novo regime, o relator deverá obrigatoriamente converter o agravo de instrumento em retido, salvo os casos expressamente previstos no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Aludido dispositivo prevê que será admitido o agravo, pela via de instrumento, somente nos casos de estar configurada a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, e, ainda quando não admitido o recurso de apelação ou recebido no efeito devolutivo.

A hipótese dos autos se enquadra nas exceções mencionadas, razão pela qual conheço do recurso.

Passo à análise do pedido de efeito suspensivo.

Assiste razão à União.

Trata-se de ação ordinária em que se discute a constitucionalidade da cobrança da contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, pessoas naturais, a partir de 2005, portanto, após a edição da Lei nº 10.256/2001.

Em primeiro lugar, necessário se faz analisar a constitucionalidade da contribuição em comento em dois momentos distintos: antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e após, tendo em vista que essa emenda alterou a base de cálculo para fins de incidência da referida contribuição.

Recentemente, por meio do julgamento do Recurso Extradordinário nº 363.852, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que previa o recolhimento da contribuição acima referida.

Nesse sentido, vale transcrever as palavras do Ministro Marco Aurélio, ao proferir o seu voto, em trecho que explicita, em síntese, os argumentos para o decreto da inconstitucionalidade. Confira-se:

"(...)Forçoso é concluir que, no caso de produtor rural, embora pessoa natural, que tenha empregados, incide a previsão relativa ao recolhimento sobre o valor da folha de salários. É de ressaltar que a Lei nº 8212/91 define empresa como a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos, ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional - inciso I do artigo 15. Então, o produtor rural, pessoa natural, fica compelido a satisfazer, de um lado, a contribuição sobre a folha de salários e, de outro, a COFINS, não havendo lugar para ter-se novo ônus, relativamente ao financiamento da seguridade social, isso a partir de valor alusivo à venda de bovinos. Cumpre ter presente, até mesmo, a regra do inciso II do artigo 150 da Constituição Federal, no que veda instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. De acordo com o artigo 195, § 8º, do Diploma Maior, se o produtor não possui empregados, fica compelido, inexistente a base de incidência da contribuição - a folha de salários - a recolher percentual sobre o resultado da comercialização da produção. Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, levando em conta o faturamento, da

Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da prevista - tomada a mesma base de incidência, o valor comercializado - no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Assim, não fosse suficiente a duplicidade, considerado o faturamento, tem-se, ainda, a quebra da isonomia.

"(...) não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar."

"Ante esses aspectos, conheço e provejo o recurso interposto para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a "receita bruta proveniente da comercialização da produção rural" de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/91, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência (folha 699)."

(STF, RE 363.852, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, 03/02/2010)

Nesse panorama, havia necessidade de edição de lei complementar para a criação de nova fonte de custeio porquanto a receita bruta não era prevista como base de cálculo da contribuição previdenciária na antiga redação do art. 195 da Constituição Federal, anterior à Emenda Constitucional nº 20/98.

Todavia, a situação se alterou com o advento da referida EC, que modificou a redação da alínea *b* do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, para acrescentar o vocábulo 'receita' ao lado do vocábulo 'faturamento'.

Com arrimo na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98 foi editada a Lei nº 10.256/2001, que deu nova redação ao *caput* do art. 25 da Lei nº 8.212/91, substituindo as contribuições devidas pelo empregador rural pessoa natural incidente sobre a folha de salários e pelo segurado especial pela contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, *in verbis*:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: I - 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

[...]

Em razão dessa substituição, restou afastada a ocorrência de bitributação, dispensando-se, ainda, lei complementar para a instituição da contribuição social incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, tendo em vista a previsão constitucional da nova fonte de custeio, que passou a encontrar seu fundamento de validade no art. 195, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Confiram-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 8.212/91. ART. 25, I. VALOR DE COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS RURAIS. LC 11/71, ART. 15, II. INCIDÊNCIA.

*1. A contribuição previdenciária instituída pela Lei Complementar 11/71, PRO-RURAL, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. 2. A edição da Lei 7.787/89 consignou a substituição da alíquota fracionada de 18,2% para a alíquota única de 20%, especificando-se no artigo 3º, § 1º, que a unificação implicava a extinção do PRO-RURAL como entidade isolada a partir de 1º de setembro de 1989. 3. Deveras, o PRO-RURAL era custeado por contribuição devida pelas empresas, sobre a folha de salários, bem como pelo produtor rural, sobre o valor comercial dos produtos rurais. 4. Conseqüentemente, a Lei 7.789/89 extinguiu a contribuição ao PRO-RURAL relativa à folha de salários, subsistindo a contribuição sobre a comercialização dos produtos rurais (art. 15, II da LC nº 11/71). 5. A extinção da contribuição sobre o valor comercial dos produtos rurais sobreviveu à Lei 7.787/89, tendo sido extinta, expressamente, pela Lei 8.213/91, nos termos do art. 138, verbis: "Ficam extintos os regimes de Previdência Social instituídos pela Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, e pela Lei nº 6.260, de 6 de novembro de 1975, sendo mantidos, com valor não inferior ao do salário mínimo, os benefícios concedidos até a vigência desta Lei". 6. A instituição do novo Plano de Custeio da Previdência Social (Lei 8.212/91), com a unificação dos regimes de previdência urbana e rural, também não importou na extinção total dessa forma de contribuição. Nesse sentido, a norma, em sua redação original (art. 25), manteve a contribuição incidente sobre o resultado da comercialização, imputada, *verbi gratia*, aos então denominados segurados especiais (produtor rural individual, sem empregados, ou que exerce a atividade rural em regime de economia familiar). 7. Os produtores rurais empregadores, pessoas físicas equiparadas a autônomos pela legislação previdenciária (Lei 8.212/91, art. 12, V, "a"), bem como pessoas jurídicas (empresas rurais), passaram a recolher contribuições sobre a folha de salários de seus empregados (*idem*, art. 15, I e par. único, c/c art. 22), sistemática que se manteve até a edição das Leis 8.540/92 e 8.870/94, respectivamente. 8. Posteriormente, o legislador entendeu por alargar a base de incidência das contribuições sobre a produção, em detrimento da incidente sobre a folha de salários. Os produtores rurais empregadores pessoas físicas voltaram a*

recolher sobre o resultado das vendas a partir da Lei 8.540/92, que deu nova redação ao art. 25 da Lei 8.212/91, atribuindo-lhes a obrigação de contribuir da mesma forma que os segurados especiais, e exonerando-os da contribuição sobre a folha de salários de seus empregados (§5º do art. 22 da Lei 8.212/91, acrescido pela Lei 8.540/92). Finalmente, a Lei nº 10.256/2001 regulou a contribuição sobre a produção rural em substituição àquela incidente sobre a remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos. 9. Assim, tem-se, para o produtor rural pessoa física empregador, que: a) a contribuição ao PRORURAL que incidia sobre a comercialização de produtos agrícolas (art. 15, I 'a' e 'b', da LC n.º 11/71) permaneceu incólume até a edição da Lei n.º 8.213/91, quando foi suprimida; b) a Lei N.º 8.212/91 equiparou o empregador rural pessoa física à empresa, sujeitando-o a contribuir sobre a folha de salários, exigível a partir de 24/10/91; c) a Lei n.º 8.540/92 o incluiu entre os obrigados a contribuir sobre a comercialização de sua produção rural, exação que passou a ser exigível em 23/03/93, em razão do princípio da anterioridade nonagenal. d) a Lei nº 10.256/2001 fixou que a contribuição sobre a produção rural substitui apenas aquela incidente sobre a remuneração dos empregados e trabalhadores avulsos. 10. A Lei n.º 8.213/91, no que se refere à revogação das contribuições previstas em seu art. 138, somente entrou em vigor em novembro de 1991, nos termos do Parágrafo Único, do art. 161, do Decreto n.º 356, de 07/12/1991, verbis: "Art. 161. As contribuições devidas à Previdência Social que tenham sido criadas, majoradas ou estendidas pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão exigíveis a partir da competência novembro de 1991. Parágrafo único. Às contribuições devidas à Seguridade Social até a competência outubro de 1991 são regidas pela legislação anterior à Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991." 11. A corroborar referido entendimento o RESP n.º 332.663/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.06.2002, DJ 16.09.2002 p. 148, verbis: TRIBUTÁRIO. FUNRURAL. 1. A contribuição para o FUNRURAL, incidente sobre as operações econômicas de aquisição de produtos rurais pelas empresas, é devida até o advento da Lei nº 8.213/91, de novembro do mesmo ano. 2. O art. 138, da Lei nº 8.213/91, na expressão cogente de sua mensagem, unificou o regime de custeio da previdência social. 3. O art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, conforme claramente explícita, não suprimiu a contribuição do FUNRURAL sobre as transações de aquisição de produtos rurais. Tal só ocorreu com o art. 138, da Lei 8.213/91. 4. Recurso provido para reconhecer devido o FUNRURAL sobre o valor comercial dos produtos rurais até novembro de 1991 (art. 138, da Lei 8.213/91). 12. In casu, o recorrente, produtor rural empregador, limitou a sua pretensão aos fatos ocorridos no período de agosto a outubro de 1991, antes, portanto, da entrada em vigor do art. 138, da Lei n.º 8.212, que só ocorreu em novembro de 1991. 13. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp 871852 - 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 12/05/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO. FUNRURAL. PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA. COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. LEI N. 8.213/91. EXTINÇÃO. NOVA EXAÇÃO. TRIBUTO EXIGÍVEL A PARTIR DA LEI N. 8.870/94.

1. Não se depreendendo das razões aventadas qual seria efetivamente a obscuridade, omissão ou contradição vislumbrada pelo embargante, mas o nítido propósito de rediscutir a tese jurídica adotada singularmente, a irresignação deve ser recebida como se agravo regimental fosse, por ser a sede adequada para obter o mero rejuízo da causa. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes. 2. Conforme pacificado nesta instância, a contribuição ao Funrural incidente sobre o valor comercial dos produtos rurais foi extinta a partir da vigência da Lei n. 8.213/91. Nada obstante, em seguida foi instituída outra contribuição - que não se confunde com a do Funrural -, devida pelas empresas produtoras rurais sobre o valor da comercialização de sua produção, por meio da Lei n. 8.870/94. Essa cobrança subsiste até hoje, amparada na redação conferida pela Lei n. 10.256/01. 3. "(...) para o custeio desse sistema, foi mantida, agora com destinação à Seguridade Social e não ao Prorural/Funrural, a incidência de contribuição previdenciária sobre a comercialização da produção devida pelo produtor rural segurado especial (art. 25 da Lei 8.212/91), pelo produtor rural pessoa física que se utiliza do trabalho de empregados (Lei 8.540/92) e pelas empresas rurais (art. 25 da Lei 8.870/94, com exceção do § 2º desse dispositivo, declarado inconstitucional na ADI 1.103-1/DF). Dessa forma, tem-se como exigível, do produtor/empresa rural que se utiliza do trabalho de empregados, a contribuição sobre a comercialização de sua produção rural" (AgRg no REsp 1119692/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/11/2009). 4. Agravo regimental não provido. (STJ - EARESP 572252 - 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 05/05/2010)

Dessa forma, merece reparo a decisão recorrida, tendo em vista que o pedido inicial cinge-se à exigibilidade da contribuição em questão a partir do exercício de 2005.

Por esses fundamentos, defiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se a decisão ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a agravada a apresentar contraminuta.

Intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Vesna Kolmar
Desembargadora Federal

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023062-98.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.023062-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VESNA KOLMAR
AGRAVANTE : SERCOM IND/ E COM/ DE VALVULAS DE CONTROLE LTDA
ADVOGADO : ROGÉRIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
No. ORIG. : 10043809819984036111 2 Vr MARILIA/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por SERCOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VÁLVULAS DE CONTROLE LTDA., por meio do qual pleiteia a reforma da decisão proferida nos autos dos embargos à execução fiscal nº 1004380-98.1998.403.6111, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Marília/SP, que indeferiu o pedido de desbloqueio e reversão dos valores penhorados por meio do sistema Bacen-Jud.

Alega, em síntese, que a decisão que ordenou a penhora *on line* de seus ativos financeiros é nula em razão de não ter sido concedida oportunidade à executada de se manifestar sobre a medida. Sustenta, ainda, a excepcionalidade da utilização do sistema Bacen-Jud, ofensa aos princípios do devido processo legal, do acesso à Justiça e da segurança jurídica. Invoca, ainda, em seu favor, o primado da menor onerosidade ao executado.

É o relatório.

Decido.

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, introduziu nova sistemática para interposição do recurso de agravo, e consagrou em definitivo a excepcionalidade da utilização do agravo de instrumento.

Assim, no novo regime, o relator deverá obrigatoriamente converter o agravo de instrumento em retido, salvo os casos expressamente previstos no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Aludido dispositivo prevê que será admitida a interposição de agravo pela via de instrumento somente nos casos suscetíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que esta é recebida.

A questão ora posta se enquadra nas hipóteses mencionadas, razão pela qual conheço do recurso.

Passo à análise do pedido de efeito suspensivo.

Aplico a regra do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente improcedente, inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, de Tribunal Superior, ou do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, afasto a alegação de ofensa ao contraditório e ampla defesa. Compulsando os autos, verifico que a empresa foi devidamente citada, deixando transcorrer *in albis* o prazo para pagamento, motivo pelo qual foi penhorado e leiloado, por duas vezes, um bem de sua propriedade, todavia, sem sucesso. Em seguida, a exequente foi intimada para substituir o bem penhorado e, novamente, deixou transcorrer o prazo *in albis* o prazo para manifestação.

Foi, então, deferido o bloqueio das contas bancárias da empresa por meio do sistema Bacen-Jud, intimando-se a executada para oferecer impugnação à medida.

Sendo assim, não há que se falar em nulidade da decisão que autorizou o bloqueio *on line* dos ativos financeiros da executada.

Passo ao exame do mérito.

Nos termos do artigo 655 do Código de Processo Civil, a penhora observará, preferencialmente, a ordem nele estabelecida, na qual figura, em primeiro lugar, "*dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira*" (inciso I).

E, de acordo com o art. 655-A, do mesmo diploma legal, "*para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o limite do valor indicado na execução.*"

Assim, se a penhora *on line* representa constrição sobre dinheiro em depósito ou aplicação financeira, e se este bem é aquele sobre o qual a penhora preferencialmente deve recair, deve-se ter por descabida a exigência de demonstração, por parte do credor, do esgotamento de buscas por outros bens penhoráveis, até porque "*o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito executando*" (REsp 891.630/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 27/03/2008).

Não é para outro sentido que aponta a nova orientação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA ON LINE. ARTS. 655 E 655-A DO CPC. SISTEMA BACEN-JUD. VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO.

1. Após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, não mais se exige do credor a comprovação de esgotamento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.

2. Segundo nova orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Corte, a penhora on line deve ser mantida sempre que necessária à efetividade da execução.

2. Agravo interno improvido.

(AgRg no Ag 1050772/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 05/06/2009)

Por esses fundamentos, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem, procedendo-se às devidas anotações.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Vesna Kolmar

Desembargadora Federal

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035222-58.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035222-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : GP SERVICOS GERAIS LTDA
ADVOGADO : ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00212549120104036100 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão de fls. 305/313 (fls. 288/292 dos autos originais) proferida pelo Juízo Federal da 15ª de São Paulo/SP que, em sede de mandado de segurança ordinária, **deferiu em parte** a liminar requerida apenas para suspender a exigibilidade das contribuições sociais incidentes sobre a verba paga pelo empregador ao empregado a título de **adicional constitucional de 1/3 de férias**.

Requer a parte agravante a reforma da decisão aduzindo, em síntese, a legalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o "terço constitucional" de férias ante o seu caráter remuneratório.

Há pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso (fl. 14).

Decido.

A controvérsia noticiada no agravo diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre **adicional constitucional de um terço (1/3) de férias**.

Embora o pagamento de férias seja evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho, sendo intocável seu caráter remuneratório por tratar-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador, **em relação à parcela paga pelo empregador a título de adicional de um terço (1/3) das férias, atualmente as cortes superiores não vem emprestando a natureza de remuneração do trabalho:**

Confira-se o entendimento das duas Turmas do STF:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. II - Agravo regimental improvido.

(AI 712880 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-04 PP-00753)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS HORAS EXTRAS E O TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Esta Corte fixou entendimento no sentido que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AI 727958 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-12 PP-02375)

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 545317 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-06 PP-01068 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 306-311)

O mesmo ocorre no âmbito do STJ, como segue:

TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ E NO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na linha de orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, revendo seu posicionamento, firmou compreensão segundo a qual não incide contribuição previdenciária sobre "o terço constitucional de férias, verba que detém natureza indenizatória por não se incorporar à remuneração do servidor para fins de aposentadoria" (Pet 7.296/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 10/11/09).

2. A alegação de ofensa ao princípio da solidariedade, não suscitada nas razões do incidente de uniformização jurisprudencial, constitui inovação recursal, incabível em agravo regimental.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg na Pet 7.207/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 15/09/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE.

1. Em se tratando de ação rescisória fundada em violação a preceito constitucional, é inaplicável a súmula 343/STF (EResp 687903, CE, Ministro Ari Pargendler, DJ de 19/11/09).

2. Não há impedimento constitucional ou legal a que o STJ invoque a Constituição para decidir recursos especiais. No âmbito desses recursos, o que não cabe é a invocação de matéria constitucional como fundamento para recorrer, mas não para contra-arrazoar ou para decidir.

3. A partir do julgamento da Pet 7296 (Min. Eliana Calmon, DJ de 28/10/09), a 1ª Seção adotou o entendimento de que é ilegítima a exigência de contribuição previdenciária sobre a parcela de 1/3 acrescida à remuneração do servidor público por ocasião do gozo de férias.

4. Ação rescisória improcedente.

(AR 3.974/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 18/06/2010)

O pensamento externado pelas duas Turmas do STF, que vem ganhando adesão no STJ, finca-se na consideração de que a verba remuneratória do trabalho e sobre a qual deve incidir a contribuição é aquele que vai se perpetuar no salário ou subsídio do mesmo, conforme seja empregado celetista ou servidor público submetido ao regime estatutário.

Sob essa ótica, não há dúvida de que o **adicional de férias não vai aderir inexoravelmente a retribuição pelo trabalho**, pois quando o trabalhador se aposentar certamente não o perceberá mais. Assim, é de se prestigiar o novel entendimento da Suprema Corte. Pelo exposto, **indefiro o efeito suspensivo pleiteado**.
Comunique-se à origem.
À contraminuta.
Publique-se e intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Johonsom di Salvo
Desembargador Federal

00007 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001855-76.2010.4.03.6100/SP
2010.61.00.001855-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : J&F PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : FABIO AUGUSTO CHILO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00018557620104036100 26 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de Apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, em face de sentença (95/97v) proferida em autos de Mandado de Segurança, que reconheceu o direito da impetrante na obtenção de Certidão Positiva de Débitos, com efeitos de negativa.

Pleiteia a impetrante a expedição de certidão positiva com efeito de negativa, em relação às NFLDs nºs 32.135.615-2, 32.135.616-0, 32.135.617-9, 32.135.618-7, 32.135.620-9, 32.135.621-7, 32.135.622-5, 32.135.623-3, 32.135.624-1 e 32.135.625-0, sustentando, para tanto, a suspensão de exigibilidade por penhora, respectivamente, nos autos de Execução Fiscal nº 1999.34.00.005467-4 - 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Em razões de apelação (fls. 104/115), a União Federal aduz que a impetrante não demonstrou a suficiência da penhora. Contrarrazões às fls. 118/124.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (fls. 127/128).

É o relatório. Decido.

O direito à obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, prevista pelo art. 206, do CTN, pressupõe a existência de débitos com a exigibilidade suspensa por qualquer das causas previstas no artigo 151 do mesmo diploma legal (moratória; depósito integral do valor; reclamações e recursos administrativos; concessão de medida liminar em mandado de segurança; concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e, por fim, o parcelamento) ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora em valor suficiente para garantir o débito.

No caso dos autos, sustenta a apelada que as NFLDs nºs 32.135.615-2, 32.135.616-0, 32.135.617-9, 32.135.618-7, 32.135.620-9, 32.135.621-7, 32.135.622-5, 32.135.623-3, 32.135.624-1 e 32.135.625-0, são objeto de Execução Fiscal nº 1999.34.00.005467-4 - 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, e estão garantidas pela penhora de imóvel rural avaliado em R\$ 2.100.000,00, bem como de construções de alvenaria nele constantes e equipamentos instalados, conforme certidão de fl. 39. Já o valor relativos aos débitos executados remontam o total aproximado de R\$ 740.000,00 (fls. 78/88), sendo forçoso concluir pela suficiência da penhora.

Ressalte-se que o relatório de consulta de restrições de pedido de CND apresentado pela Apelante à fl. 77, indica penhora regular e suficiente em relação às NFLDs em comento.

Assim sendo, estando efetivada a penhora em autos de execução fiscal, faz jus o contribuinte a obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, em razão da suficiência do valor penhorado.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CND. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 111 E 151 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. SUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO APRESENTADA. SÚMULA 07/STJ. I - Embora esteja pacificado no âmbito desta Corte não ser necessário o prequestionamento numérico, entendo que a matéria articulada no recurso especial, no que se refere aos arts. 111 e 151 do CTN, não foi analisada pelo Tribunal de origem, na medida em que este pautou-se pelos arts. 273, § 7º, do CPC e 205 e 206 do CTN para fundamentar sua decisão. II - Havendo interesse do recorrente em sinalizar ao Tribunal a quo o teor do art. 151 do CTN para possível aplicação à hipótese vertente, deveria ter lançado-mão dos embargos declaratórios, o que não fez, acarretando a incidência dos enunciados sumulares nº 282 e 356 do STF. III - A

interpretação que se extrai do art. 206 do CTN é a de que a penhora, para fins de garantia do crédito tributário, há de ser efetiva e suficiente. Portanto, para a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, não basta o oferecimento de bens à penhora, sendo necessária a penhora de bens suficientes para a garantia do débito exequendo. Precedentes: AGRMC nº 7.731/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/05/2004; REsp nº 408.677/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/09/2002 e REsp nº 205.815/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 28/06/1999. IV - No presente caso, tendo o Tribunal a quo expressamente consignado ser suficiente a caução oferecida, é certo que a revisão desse entendimento demandaria o revolvimento no substrato fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, ante o enunciado nº 07 da Súmula deste Tribunal. V - Agravo regimental improvido." (Processo: AGRESP 200501908820 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 798215 - Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO - STJ - Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - fonte: DJ DATA:10/04/2006 PG:00153 - data da decisão: 21/03/2006)

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação. P.I., baixando os autos à vara de origem oportunamente.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

Boletim Nro 2832/2010

00001 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014948-29.1998.4.03.6100/SP
2004.03.99.038640-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS EM
ESTACIONAMENTOS E SIMILARES COOPARK
ADVOGADO : ALEXANDRE REGO e outros
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 98.00.14948-1 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEMANDA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. COOPERATIVA. PEDIDO DE LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO-CONFISCO.

1. Em demanda declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, o contribuinte tem opção de fazer o depósito dos valores do de tributo questionado, para efeito de suspender a exigibilidade do débito. No entanto, o destino de tais valores assim depositados depende do resultado do processo: se judiciário considerar que o tributo é indevido, autorizará o seu levantamento; caso contrário, determinará a conversão do depósitos em renda.
2. É impertinente a alegação da agravante no sentido de que o levantamento justifica-se em razão de o INSS ter proposto execução fiscal para cobrança das contribuições objeto dos depósitos. Se de fato o INSS está executando as contribuições em tela, apesar de seu depósito nos autos, cabe ao contribuinte alegar a inexigibilidade do tributo, perante o juízo da execução.
3. A jurisprudência assentou no sentido de que "o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo, a que se refere o art. 146, III, "c", da Carta Magna e o tratamento constitucional privilegiado a ser concedido ao ato cooperativo não significam ausência de tributação" (STJ, Segunda Turma, REsp 515.710/SC, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 26/08/2008, DJe 16/09/2008). Assim, se a lei que criou um tributo, instituiu alíquota diferenciada para a cooperativa, como é o caso dos autos, não cabe ao Poder Judiciário afastar a discricionariedade do Legislativo, a pretexto de inobservância do princípio constitucional do adequado tratamento tributário do ato cooperativo, porquanto em "tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só deve atuar como legislador negativo" (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-05, DJE de 28-3-08).
4. A contribuição em apreço incide sobre os valores recebidos pelas associações cooperativas, referentes aos pagamentos pelos serviços prestados pelos seus associados à pessoa jurídica. Dessa forma, configurada está a

capacidade contributiva, a permitir a incidência da contribuição, sem ofensa ao princípio constitucional que veda a instituição de tributo com efeito de confisco.

5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00002 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1402552-30.1997.4.03.6113/SP
2000.03.99.031522-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JORGE SATORU SHIGEMATSU e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : VENASA VEICULOS NACIONAIS LTDA e outros
: NICOMEDES PREVIDI
: HERMES DA SILVA PRAZERES
ADVOGADO : MARCOS ALEXANDRE PEREZ RODRIGUES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE FRANCA Sec Jud SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 97.14.02552-4 1 Vr FRANCA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO . ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. LEI N.º 8.866/94. ADIN N.º 1.055-7. SÚMULA N.º 25 DO STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Com a suspensão, pelo Supremo Tribunal Federal, dos dispositivos da Lei n.º 8.866/94 que permitiam a prisão do "depositário" de contribuições previdenciárias não recolhidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (ADIN n.º 1.055-7), restou patente a inutilidade da ação de depósito ali prevista, impondo-se o decreto de carência de ação por falta de interesse de agir.

2. Na sessão Plenária do dia 16.12.2009 (DOU de 23.12.2009, p. 1) o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante n. 25, com o seguinte verbete: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00003 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006260-28.2005.4.03.6102/SP
2005.61.02.006260-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : CLEOMAR BORGES DE OLIVEIRA e outros
: HELIO BRATFISCH MOSSIN
: JOSE GOULART LOUZADA

: LUZIA APPARECIDA URBANO

: MARY DE SOUZA

ADVOGADO : ORLANDO FARACCO NETO

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TRANSAÇÃO FIRMADA ANTES DA MP 2.226/01. ACORDO QUE NÃO ATINGE OS HONORÁRIOS DO ADVOGADO, SALVO SE COM SUA AQUIESCÊNCIA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ.
2. As transações extrajudiciais ocorreram em data anterior à edição da Medida Provisória nº 2.226/01 e não contaram com a participação dos respectivos patronos (f. 24/25). Desse modo, os acordos não alcançam os honorários dos advogados que não participaram do ajuste e tampouco a ele emprestaram aquiescência.
3. No que tange ao pedido de afastamento da incidência de juros de mora na atualização dos valores dos honorários advocatícios, falta interesse recursal à agravante, uma vez que há menção expressa na decisão *a quo* determinando tal exclusão.
4. A agravante não postulou no seu recurso de apelação a redução dos honorários arbitrados em primeira instância, restringiu-se em afirmar a sucumbência recíproca.
5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00004 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011278-93.2006.4.03.6102/SP
2006.61.02.011278-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro

APELADO : CLAUDIO O GRADY LIMA e outro

: JOSE DE PAIVA MAGALHAES

ADVOGADO : JOSE FERNANDO CERRI e outro

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ.
2. Nos autos da execução que a CEF movia contra Moreno Equipamentos Pesados Ltda. e outros, a ora apelante passou procuração aos autores (f. 27), sendo que estes praticaram vários atos em nome da CEF. O fato de a procuração ter sido assinada por mandatária da CEF, no caso a empresa Gestão & Cobrança Ltda., não retira a legitimidade da empresa pública para figurar no pólo passivo da demanda em que seus antigos procuradores visam receber os honorários advocatícios pelos serviços prestados naqueles feitos.
3. A agravante não postulou no seu recurso de apelação, a redução dos honorários arbitrados em primeira instância, restringindo-se em afirmar a inexistência da obrigação de pagar honorários.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00005 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001923-93.2005.4.03.6102/SP
2005.61.02.001923-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
APELADO : MARCIA SCHETTINI FIGUEIREDO DA VEIGA e outros
: MARIA DO CARMO MACENA FIORI
: MARIA HELENA GASPARINI TODA
: MARISA DE FATIMA BUENO
ADVOGADO : ALMIR GOULART DA SILVEIRA e outro
APELADO : SAYURI FUJIMORI COSTA
ADVOGADO : ORLANDO FARACCO NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TRANSAÇÃO FIRMADA ANTES DA MP 2.226/01. ACORDO QUE NÃO ATINGE OS HONORÁRIOS DO ADVOGADO, SALVO SE COM SUA AQUIESCÊNCIA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ.
2. As transações extrajudiciais ocorreram em data anterior à edição da Medida Provisória nº 2.226/01 e não contaram com a participação dos respectivos patronos. Desse modo, os acordos não alcançam os honorários dos advogados que não participaram do ajuste e tampouco a ele emprestaram aquiescência.
3. No que tange ao pedido de afastamento da incidência de juros de mora na atualização dos valores dos honorários advocatícios, falta interesse recursal à agravante, uma vez que há menção expressa na decisão *a quo* determinando tal exclusão.
4. A agravante não postulou no seu recurso de apelação a redução dos honorários arbitrados em primeira instância, restringiu-se em afirmar a sucumbência recíproca.
5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00006 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002108-33.2002.4.03.6104/SP
2002.61.04.002108-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CEU-MAR DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS
ADVOGADO : CLEIDEMAR REZENDE ISIDORO e outro
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA AO FUNRURAL. EMPREGADOR URBANO. EXIGIBILIDADE.

1. O adicional de que trata o artigo 15, II, da Lei Complementar nº 11/71, destinado ao FUNRURAL, exigido do empregador urbano é legal e constitucional.
2. As empresas em geral, vinculadas à Previdência Social Urbana, estavam sujeitas ao recolhimento do adicional de contribuição ao FUNRURAL por expressa disposição legal, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que conferiu natureza tributária à exação. Com a edição da Lei n.º 7.787/89, tal adicional deixou de ser exigido em parcela destacada, sendo incorporado na alíquota de 20% (vinte por cento) devida pelas empresas sobre a folha de salários. Assim, a contribuição previdenciária ao FUNRURAL, instituída com base na solidariedade tributária, continua tendo amparo na Constituição Federal (art. 195).
3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00007 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005098-83.2005.4.03.6106/SP
2005.61.06.005098-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
APELADO : UALTER OTONI AZAMBUJA
ADVOGADO : JOAO ANTONIO FACCIOLI e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. ÍNDICE DE 28,86%. LAUDO APRESENTADO PELA CONTADORIA JUDICIAL. INEXATIDÃO DE CÁLCULOS. NÃO COMPROVADA.

1. *In casu*, não evidenciado, pela parte, o erro no cálculo da contadoria judicial, este deve ser prestigiado e adotado pelo juízo.
2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00008 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0061337-77.1995.4.03.6100/SP
2000.03.99.042603-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
INTERESSADO : OS MESMOS
INTERESSADO : CELIA MARIA MARTINS DA SILVA e outros
: CELIO CESAR SILVA
: CINTIA MARIA MACHADO SOARES

: CLAUDEMIR CERVERA
: CLAUDIO MANZIONE
: DIVINO SEBASTIAO BELTRAMI
: EDGAR MACARI
: EDUARDO ANTONIO MORENO
: ELIR ERIEL DE ALICE
: EMILIA TOME RODRIGUES FERREIRA

ADVOGADO : SEBASTIAO SILVEIRA DUTRA e outro

No. ORIG. : 95.00.61337-9 3 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PIS/PASEP. OMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. É possível atribuir efeitos modificativos aos embargos de declaração, quando a supressão da omissão do julgar causar alteração no resultado do julgamento.
2. Prescrevem em 5 (cinco) anos os expurgos inflacionários sobre o PIS/PASEP.
3. Embargos de declaração providos para, afastando a omissão do acórdão, acolher a prescrição quinquenal e dar provimento à apelação da União, com inversão dos ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00009 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023050-21.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.023050-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : LAURO ISHIKAWA

AGRAVADO : CÍCERA ALVES DE SOUZA e outros

: FRANCISCA MARTA MORALES

: FRANCISCO BENEDITO XAVIER

: HÉLIO CARDOSO DA SILVEIRA

ADVOGADO : ROMEU TERTULIANO

PARTE AUTORA : EDUARDO ALVES DA SILVA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 98.00.16817-6 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO. AÇÃO DE CONHECIMENTO EM FASE EXECUTIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE. PRAZO COMUM. SUSPENSÃO. INSTRUÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A retirada dos autos do cartório por uma das partes durante o prazo para recurso representa obstáculo ao direito da outra parte, sendo o caso de aplicar-se o disposto no art. 180 do CPC.
2. Não comprovado tal obstáculo, tampouco a suspensão do prazo recursal, o traslado revela-se insuficiente para aferição da tempestividade do recurso, sendo o caso de obstar seu seguimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00010 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0080724-59.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.080724-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
AGRAVADO : EXPONENCIAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO FILHO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE BARUERI SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 03.00.00553-0 A Vr BARUERI/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO. EXECUÇÃO FISCAL. LAUDÊMIO. PENHORA DE BENS. RECUSA DA EXEQUENTE. ART. 11 DA LEI N.º 6.830/80. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A possibilidade de o executado indicar bens a serem penhorados existe para que ele possa apontar aqueles cuja constrição irá atrapalhar menos o desenvolvimento de suas atividades enquanto tramitam a execução e os futuros embargos. Não se trata de direito subjetivo à indicação de quaisquer bens, seja qual for sua natureza, valor e estado, transferindo ao exequente e ao Juízo o ônus de sua alienação, com sucessivos leilões na tentativa de recuperar o crédito exequendo.
2. Se a recusa do bem indicado, por parte da exequente, não pode ser arbitrária, não se pode por outro lado fugir ao bom senso e forçá-la a aceitar bem objeto de compromisso de compra e venda que implicaria em afronta de direito de terceiro, quando existem outros cuja penhora atenderá de forma mais abrangente à necessidade de se garantir eficazmente a execução.
3. Não obedecendo, a nomeação, à ordem prevista no artigo 11 da Lei 6.830/80, constitui-se motivo justo para que a exequente recuse a indicação.
4. Nomeado bem cuja matrícula revela a existência de compromisso de compra e venda, anterior, inclusive, ao ajuizamento da execução, justifica-se a recusa da exequente, visto que haveria a possibilidade de oposição de embargos de terceiro, o que a toda evidência comprometeria a eficácia da garantia da execução.
5. Não há que se confundir a questão da legitimidade passiva para a demanda executiva com o oferecimento e recusa de bem imóvel onerado por compromisso de compra e venda. Tais questões são distintas e não interdependentes. O eventual reconhecimento da ilegitimidade passiva da transmitente para figurar no polo da demanda executiva não implica na aceitação do bem imóvel oferecido em garantia, uma vez que a recusa se deu em razão da dificuldade de suposta e futura alienação do imóvel e, também, da desobediência à ordem legal.
6. A alegação de ilegitimidade não é tema objeto do presente recurso, tampouco o foi da decisão agravada e do recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00011 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029370-68.2001.4.03.0000/SP
2001.03.00.029370-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : PIMENTEL NETO E CIA LTDA
ADVOGADO : ANTONIO DE ARRUDA SAMPAIO
INTERESSADO : OBRAS SOCIAIS DA ARQUIDIOCESE DE APARECIDA
ADVOGADO : CLAUDIO MANOEL ALVES
PARTE RE' : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE GUARATINGUETA Sec Jud SP
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
No. ORIG. : 2001.61.18.000730-5 1 Vr GUARATINGUETA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00012 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015430-21.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.015430-4/MS

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : Instituto Nacional de Colonizacao e Reforma Agraria INCRA
ADVOGADO : NEZIO NERY DE ANDRADE
: PAULO SÉRGIO MIGUEZ URBANO
AGRAVADO : JANE MARLI ANDRADE
ADVOGADO : OSAIR PIRES ESVICERO JUNIOR e outro
PARTE RE' : PAULO AMARAL VASCONCELOS e outro
: MARIA CECILIA DE LUCAS ALMEIDA VASCONCELOS
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS VASCONCELLOS P. DA SILVA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PONTA PORA - 5ª SSJ - MS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00018078220084036005 1 Vr PONTA PORA/MS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A MESMA DECISÃO. DESCABIMENTO.

1. O presente agravo de instrumento não reúne condições de admissibilidade, na medida em que cuida de questões que já haviam sido decididas em decisão anterior, proferida em audiência, e que já são ou deveriam ser objeto do agravo retido interposto pela própria autarquia. Ofensa ao princípio da singularidade.

2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00013 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008442-07.2007.4.03.6105/SP
2007.61.05.008442-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : ROBERTA TEIXEIRA PINTO DE SAMPAIO MOREIRA e outro
APELADO : CARLOS DE CAMARGO PACHECO e outro
: ELISABETH MARINELLI DE CAMARGO PACHECO
ADVOGADO : PETRUCIO OMENA FERRO e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FINANCIAMENTO DE DOIS IMÓVEIS EM MESMO LOCAL. CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À DATA DE 05/12/1990. SALDO RESIDUAL. FCVS. APLICAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI Nº 10.150/2000. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A norma restritiva sobre a quitação, pelo FCVS, de um único saldo devedor somente foi estabelecida a partir da Lei 8.100/1990, sendo que a redação do art. 3º desse diploma legal foi alterada pelo art. 4º da Lei 10.150/2000, que estabeleceu a limitação da referida quitação somente para os contratos firmados a partir de 05 de dezembro de 1990.
2. No caso dos autos, não há empecilho à manutenção da cobertura do FCVS, pois o mutuário celebrou o contrato do imóvel *sub judice* em data anterior à restrição legal.
3. A verba de sucumbência fixada na decisão monocrática, atende perfeitamente a equidade para as demandas da espécie dos autos, em observância aos parâmetros definidos no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00014 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018741-88.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.018741-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : ARNALDO STELLA CARDOSO
ADVOGADO : JOSE TADEU ZAPPAROLI PINHEIRO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ERALDO DOS SANTOS SOARES e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
PARTE RE' : ALVITES COM/ E IMP/ LTDA e outro
: ALVARO STELLA CARDOZZO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 96.05.28945-8 2F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA *ON LINE*. VERBA SALARIAL. AGRAVO. ART. 649, IV DO CPC. ART. 11 DA LEI n.º 6.830/80. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Demonstrada a impenhorabilidade do valor bloqueado, visto tratar-se de verbas de natureza salarial, o numerário deve ser desbloqueado.
2. Frustrada a penhora *on-line*, a exequente dispõe de outros meios para garantia da execução, *ex vi* da gradação legal estabelecida pelo art. 11 da Lei n.º 6.830/80.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00015 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014790-52.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.014790-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : RIO BRANCO ESPORTE CLUBE
ADVOGADO : KATRUS TOBER SANTAROSA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE AMERICANA SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 09.00.00042-5 A Vr AMERICANA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO. EXECUÇÃO FISCAL. REGULARIZAÇÃO DE CUSTAS INTEMPESTIVAMENTE. ARTS. 1º E 3º, §1º DA RESOLUÇÃO Nº. 278/2007. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O recolhimento do valor destinado ao porte de remessa e retorno, deverá observar ao disposto nos arts. 1º e 3º, §1º da Resolução n.º 278/2007 do Conselho de Administração - TRF 3ª Região.
2. Efetuada a regularização a destempo, ou seja, quando esgotado o prazo assinado, o caso é de negar-se seguimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00016 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010517-33.2009.4.03.6110/SP
2009.61.10.010517-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : SUELI GIMENEZ
ADVOGADO : JOSE ABILIO LOPES e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00105173320094036110 2 Vr SOROCABA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUROS PROGRESSIVOS. OPÇÃO FEITA NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 5.107/66. CARÊNCIA DE AÇÃO.

- 1- A opção pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, durante a vigência da Lei n.º 5.107/66, caracteriza a falta de interesse agir em relação à aplicação da taxa progressiva de juros. Assim, sem a demonstração de que não houve o crédito da referida taxa, a demandante deve ser declarada carecedora do direito de ação.
- 2-Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

00017 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043206-64.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.043206-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : LUIS SILVERIO
ADVOGADO : VINICIUS DINIZ MONTEIRO DE BARROS (Int.Pessoal)
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 2008.61.00.026007-1 7 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO. SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO PARCIALMENTE. SENTENÇA PROFERIDA. PERDA DE OBJETO. EFEITOS DA APELAÇÃO. LIMINAR REVOGADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A tutela antecipada concedida em caráter provisório e *inaudita altera pars*, não se restaura com o recebimento da apelação no duplo efeito, visto que foi revogada pela sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito e que, portanto, não acolheu a tese defendida pelos autores.
2. Não confirmada a tutela pela sentença, tem-se que sua eficácia está revogada. Não se podendo concluir, outrossim, que o recebimento da apelação no duplo efeito teria esse condão.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00018 AGRAVO LEGAL EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0030001-98.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.030001-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA : SANDRO SANDRINI e outro
: ROBERTA MANREZA SANDRINI
ADVOGADO : ADRIANA RIBERTO BANDINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

AGRAVO LEGAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERESSE DE AGIR. DEMORA DA AUTORIDADE EM ANALISAR O REQUERIMENTO.

1. O objeto da impetração só desapareceria se o impetrado fornecesse, *sponte propria*, o reclamado, não bastando a mera alteração do procedimento para sua obtenção.
2. A Constituição Federal assegura os direitos de petição e de obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV). A Lei n.º 9.051/95, por sua vez, estabelece prazo de 15 dias para o fornecimento de certidões. Assim, deve ser mantida a sentença que, quando já esgotado o prazo legal, determinou a apreciação do requerimento. Segurança concedida..
3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00019 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0801576-95.1994.4.03.6107/SP
2003.03.99.017146-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : FRANCISCO HITIRO FUGIKURA e outro
APELADO : MUNICIPIO DE ARACATUBA SP
ADVOGADO : JORGE NEMER ELIAS e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VERA LUCIA TORMIN FREIXO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 94.08.01576-2 1 Vr ARACATUBA/SP

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO. FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A fixação dos honorários decorre de apreciação equitativa do magistrado, estando, *in casu*, o percentual fixado dentro dos parâmetros legais estabelecidos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.
2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00020 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028366-93.2001.4.03.0000/SP
2001.03.00.028366-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : ASSOCIACAO DOS MAGISTRADOS DA JUSTICA DO TRABALHO DA 15
: REGIAO AMATRA XV
ADVOGADO : SERGIO LAZZARINI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 2001.61.05.004127-1 2 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00021 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0407394-03.1997.4.03.6103/SP
2003.03.99.000256-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : ORESTES MANIERI e outros
: BENEDITO SOARES FILHO
: ESTER PINHO BARBOSA DO NASCIMENTO
: HORACIO MARCONDES COELHO
: BENEDITO CARVALHO
: JOSE GERALDO FLORINDO
: BENEDITO SAMPAIO DO ESPIRITO SANTO
: GERALDO MONTEIRO
: JAMIL GUEDES
: AMADOR FERREIRA DE CARVALHO
ADVOGADO : MAURO FRANCISCO DE CASTRO e outro
No. ORIG. : 97.04.07394-1 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. INCIDÊNCIA DO ÍNDICE DE 28,86%. TERMO FINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O acórdão deve ser aclarado sobre o termo final da incidência do índice de 28,86% e sobre a aplicação da equidade na fixação da verba honorária.
2. A condenação ao pagamento do reajuste de 28,86%, fixada na sentença, somente será devida até junho de 1998, porquanto a partir de julho deste mesmo ano o índice será aplicado por força da Medida Provisória nº 1.704, de 30 de junho de 1998.
3. Sendo vencida a fazenda pública, aplica-se o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil na fixação da verba honorária.
4. Revela-se equitativa a fixação dos honorários advocatícios na base de 10% sobre o valor da causa.
5. Embargos de declaração providos para explicitar os pontos omissos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00022 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021510-16.2001.4.03.0000/SP
2001.03.00.021510-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : PETRANOVA MINERACAO E COM/ LTDA e outro
: MINERACAO RINCAO LTDA
ADVOGADO : ANNA LUCIA DA MOTTA PACHECO CARDOSO DE MELLO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª SJJ>SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 95.00.35640-6 2 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DECLARATÓRIA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 475-N. INOVAÇÃO LEGISLATIVA OPERADA NO CURSO DA DEMANDA. APLICAÇÃO IMEDIATA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao tempo em que opostos os embargos à execução, o acórdão meramente declaratório não possuía força executiva, nos termos do artigo 584, inciso I, do Código de Processo Civil.
2. Com o advento da Lei n.º 11.232/2005, o artigo 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil passou a dispor que configura título executivo a sentença que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.
3. A lei processual nova aplica-se de imediato aos feitos pendentes (Código de Processo Civil, artigo 1.211).
4. Ausente a omissão apontada, devem ser rejeitados os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00023 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0054143-21.1998.4.03.6100/SP
2003.03.99.019157-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : ALVARO AUGUSTO DA SILVA FERREIRA e outros
: OLGA LOURENCO FERREIRA
: DOMINGOS JOSE IMPERATRICE
: YARA NEIVA IMPERATRICE
ADVOGADO : TELMA CRISTINA VELHO e outro
INTERESSADO : ENEVEBE INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS S/C LTDA
: NELSON VARLOTTA BRANTE
: CECILIA FRAGOSO VARLOTTA
: MARCOS FRAGOSO VARLOTTA
: MAURICIO FRAGOSO VARLOTTO
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : PATRICIA DE CASSIA B DOS SANTOS e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 98.00.54143-8 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. CESSÃO DE DIREITOS. INSTRUMENTO PARTICULAR. PENHORA. SÚMULA 84 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC). Na decisão monocrática proferida às f. 209-212, foram colacionados vários julgados contendo jurisprudência dominante de Tribunal Superior, justificando a aplicação do referido dispositivo.
2. Nos autos, embora não se possa falar em propriedade dos embargantes sobre o imóvel penhorado na execução citada, dada a ausência de registro do Instrumento Particular de Cessão de Direitos, tem-se, entretanto, prova inequívoca de suas posses, desde 05 de abril de 1990, sobre o bem, a teor dos documentos de f. 106-129. Logo, se a posse pela cessão

de direitos autoriza a oposição dos embargos de terceiro, conforme Súmula n. 84 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, certo se torna o direito dos embargantes de levantar a penhora incidente sobre o lote 09, da quadra G, do loteamento Nova Aldeinha - Barueri.

3. Com relação aos honorários advocatícios, cabe àquele que dá causa ao ajuizamento indevido arcar com os ônus da sucumbência, nos termos do que preconiza o princípio da causalidade.

4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00024 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001538-41.2003.4.03.6127/SP
2003.61.27.001538-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : JOSE CARLOS DE CASTRO e outro

APELADO : JOSE GERALDO DE GODOY

ADVOGADO : JOSE MARIO SECOLIN e outro

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 29-C DA LEI 8.036/90. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 2736.

1. Tendo sido declarada a inconstitucionalidade do disposto no art. 29-C da Lei n.º 8.036/90, configura-se legítima a condenação da Caixa Econômica Federal - CEF ao pagamento de honorários advocatícios.

2. Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00025 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004203-54.2003.4.03.9999/SP
2003.03.99.004203-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

APELADO : IGREJA CRISTA PRESBITERIANA DE AMERICANA

ADVOGADO : JOSE ANTONIO FRANZIN

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 96.00.00106-6 A Vr AMERICANA/SP

EMENTA

AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO TÍTULO EXECUTIVO. PROVAS DEMONSTRANDO A INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. DEVIDA.

1. A prova pericial (f. 203/300) e a prova testemunhal (f. 317/319) produzidas nos autos demonstraram que as rubricas em que se baseou a autuação fiscal não estavam sujeitas à incidência de contribuição previdenciária, uma vez que todos

os serviços necessários ao desenvolvimento das atividades da agravada, no período apurado, foram prestados por voluntários.

2. *In casu*, a embargante provou cabalmente, através de provas documental, pericial e testemunhal, a inexistência do fato gerador da dívida tributária, havendo a perda de liquidez e certeza do título executivo e a consequente extinção da execução fiscal e dos embargos à execução.

3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00026 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0093317-47.1992.4.03.6100/SP
2001.03.99.039272-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : Banco do Brasil S/A
ADVOGADO : RAQUEL PEREZ ANTUNES DA SILVA e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : Banco Nacional de Desenvolvimento Economico e Social BNDES
ADVOGADO : LUCIANNE HENRIQUE DE CARVALHO SADER e outro
INTERESSADO : JOSE LUIZ WHITAKER RIBEIRO
: JOSE GUILHERME WHITAKER RIBEIRO
: VITO ANTONIO DI GRASSI
: LUIZ ARATANGY
: JOSE LUIZ BASTOS NOLF
: PRO ENGESA PARTICIPACOES S/A e outros
ADVOGADO : MAICEL ANESIO TITTO e outro
INTERESSADO : IND/ DE MATERIAL BELICO DO BRASIL IMBEL
ADVOGADO : RENE DELLAGNEZZE e outro
No. ORIG. : 92.00.93317-3 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos da declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004385-62.2001.4.03.6102/SP
2001.61.02.004385-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : NEIF ANTONIO MATTAR (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : JOSE WALTER LEONEL ALVES e outro

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro
APELADO : OS MESMOS

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. USO INDEVIDO NO CPF DE CORRENTISTA EM AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL E CONTRATOS DE FINANCIAMENTO COM TERCEIROS. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS À IMAGEM E À DIGNIDADE POR PERÍODO SUPERIOR A CINCO ANOS MAJORADOS.

Conforme demonstram as declarações feitas pela ré, restou comprovado que houve o uso indevido do nome do autor em procedimentos e processos envolvendo pessoa distinta, erro que assumiu e se incumbiu de sanar. As declarações datam dos anos de 1994 e 1999 (fls. 26 e 27), ou seja, permaneceu a irregularidade, no mínimo, por 5 anos.

Não trouxe a CEF elementos que identificassem o autor como seu devedor a justificar o uso do indevido do seu C.P.F. em ações executivas, também não justificou a demora na solução do problema que perdurou por mais de cinco anos, obrigando o autor a vir a Juízo, para ver solucionada a pendência.

Não remanescem dúvidas quanto ao uso indevido de dados do autor e em seu prejuízo, porém, em relação aos danos de natureza material deles havidos não logrou êxito em sua demonstração, com as provas que produziu, remanescendo apenas a questão noticiada no âmbito dos danos morais.

Para que o dano moral possa ser configurado e, conseqüentemente ressarcido, faz-se necessária a demonstração de três requisitos: o dano, a culpa e o nexo causal.

Quanto ao primeiro requisito, o dano dessa ordem tem por pressuposto a lesão de natureza subjetiva ou extrapatrimonial. A culpa, segundo requisito, consiste na ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, consoante artigo 186 do novo Código Civil. O último requisito exige o nexo causal entre os dois anteriores, vale dizer, a causação do dano deve advir do comportamento omissivo ou culposo do agente.

O conjunto fático-probatório trazido aos autos aponta para o evento danoso e a ilicitude da conduta, confirmada, aliás, pela própria CEF, quanto à indevida utilização do nome do autor, por erro cometido pelo estabelecimento bancário, como se o mesmo fosse devedor contumaz, implicando para o mesmo evidente e desnecessário desgaste emocional.

A extensão do dano deve levar em consideração o longo período em que a parte autora teve seu nome envolvido em ações judiciais e contratos de financiamento não cumpridos; além do tempo, todas as diligências que a parte teve que fazer, as quais se mostraram em vão, mesmo após a propositura desta ação, para que tivesse seus dados excluídos de ações que, no mínimo, maculam a imagem de um bom pagador.

A r. sentença arrimada nos princípios da moderação e de razoabilidade, fixou o valor da indenização em R\$7.550,00 (sete mil e quinhentos e cinquenta reais) correspondente a 50 salários mínimos à época de sua prolação.

Não se olvide que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser atendidos para tal arbitramento, haja vista que tal valor deve cumprir uma função compensatória. Porém a extensão do dano deve ser levada em consideração, diante do longo período em que a parte autora teve seu nome envolvido em inúmeras ações judiciais e contratos de financiamento não cumpridos; além do tempo, todas as diligências que a parte teve que fazer, as quais se mostraram em vão, mesmo após a propositura desta ação, para que tivesse seus dados excluídos daquelas ações que, no mínimo, maculam a imagem de um bom pagador.

Não parece ser retributiva a importância fixada no *decisum*, seja pelo longo período de espera para a correção do erro, repita-se mais de cinco anos, seja pelos transtornos de caráter psicológico, emocional e moral, ocorridos nesse decurso de tempo, além da necessidade de ser obrigado a valer da via judicial, com a contratação de advogado para que fosse dada solução ao problema.

Nem se cogite da obrigatoriedade de se fazer prova desse dano moral, pois nessa hipótese ele é presumido, porquanto o bom nome, o conceito conquistado no seio da sociedade e a dignidade são direitos personalíssimos, que para muitos sequer há quantitativo hábil a repará-los. Ademais, essa reparação tem o intuito não só de compensar o lesado, mas, sobretudo, evitar a reiteração de atos dessa natureza, a qual apenas financeiramente pode ser feita.

Indenização por danos morais majorado para R\$70.000,00 (setenta mil reais), correspondentes a aproximadamente 137 salários mínimos.

Precedentes.

Recurso da CEF não provido. Recurso do autor parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027872-04.2000.4.03.6100/SP

2000.61.00.027872-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : DANILO BARTH PIRES e outro
APELADO : JOSUE MIRANDA DA ROCHA (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : DANIEL CALIXTO e outro

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. SAQUES DOS PROVENTOS EM TERMINAIS DE AUTO-ATENDIMENTO. PROBLEMAS COM O TERMINAL. AJUDA DE TERCEIROS POR INEFICIÊNCIA DO SERVIÇO. SEGURANÇA DEFICIENTE.

A indenização dos danos materiais pretendida objetiva a compensação, a reparação de um prejuízo, *in casu*, pela indevida diminuição do patrimônio da parte autora.

A prova do dano material e a relação de causalidade são incontestas, conforme apontam o extrato de saques do *cash dispenser* e o cartão de retirada dos benefícios previdenciários.

É de conhecimento público a enormidade de benefícios operacionalizados pela CEF, muitos deles destinados a pessoas carentes e de baixo poder aquisitivo, como é o caso dos aposentados, que na sua grande maioria recebe próximo ao salário mínimo legal. Entretanto, a Instituição não oferece condições dignas e com segurança para que tais pessoas aguardem o recebimento dos benefícios.

A CEF desenvolvendo ações de cunho sociais do governo federal, como é o de quitação de saldo do FGTS, concessão e saques de seguro desemprego, saques do PIS, dentre tantos outros, tem a obrigação de dar suporte adequado aos interessados que freqüentam suas agências, inibindo o trânsito de pessoas suspeitas, cujas condutas assim se revelem. No que tange aos danos morais, a indenização deles decorrentes se assenta na idéia de defesa dos princípios e valores da pessoa, de natureza essencialmente axiológica e que interessam a toda a sociedade. A indenização tem como objetivo o de proporcionar à vítima uma reparação e à parte ré uma sanção, ainda que de caráter indenizatório, para que atos da mesma natureza não se repitam.

A prova oral, em especial o depoimento da estagiária da Caixa, apontou a existência de duas pessoas com características de "golpistas" no interior do estabelecimento, não estando correta a assertiva da ré quanto à pronta intervenção de funcionário do Banco, identificados com crachá e coletes em azul, com o logotipo da CEF, para o auxílio dos usuários dos equipamentos de auto-atendimento.

O autor é pessoa idosa, cujos rendimentos da aposentadoria são sua fonte de renda e da qual se viu privado, tendo a ré concorrido para aquele resultado ao permitir nas dependências de sua agência que os usuários dos terminais de auto-atendimento não tivessem a privacidade e ajuda necessárias para operar o equipamento.

Atualmente é público e notório que pessoas mal intencionadas infiltram-se em Bancos, especialmente nas filas dos aposentados, utilizando-se de artifícios e aproveitando da boa fé e desconhecimento dos idosos no trato com equipamentos que processam saques e outros tipos de transações financeiras, para se apropriarem dos seus proventos. Eventual reparação não só pela perda monetária sofrida, como pelo desgaste emocional do idoso, despojado de seus proventos, pela falta de segurança e efetiva ajuda de pessoas credenciadas pela Caixa para esse fim, apenas poderá ser feita pelo ressarcimento de cunho moral, diante da violação da intimidade do autor, cujo intuito além de compensar o lesado é evitar a reiteração de atos dessa natureza.

Precedentes.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00029 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0024180-94.2000.4.03.6100/SP

2000.61.00.024180-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : CIRCULO DE AMIGOS DO MENOR PATRULHEIRO DE SANTANA
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 18 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO COM DOIS FUNDAMENTOS. ACOLHIMENTO DE UM PELA SENTENÇA. DEVOLUÇÃO DOS DEMAIS AO TRIBUNAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. DECISÃO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA.

1. Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais (art. 515, § 2º, do CPC).
2. No caso dos autos, o pedido do autor tinha dois fundamentos: a inconstitucionalidade da Lei nº 9.711/98 e a impossibilidade da compensação do valor retido da fatura da impetrante relativa à cessão de mão de obra.
3. A sentença acolheu a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.711/98, sendo que o tribunal deu provimento à apelação do INSS para afastar a referida inconstitucionalidade.
4. Assim, o pronunciamento do tribunal sobre o segundo fundamento do pedido - a impossibilidade da compensação - não configura julgamento *extra petita*, nem *reformatio in pejus*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00030 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008292-32.1993.4.03.6100/SP
2003.03.99.019578-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
APELANTE : ILKA IVONE DE CAMARGO THIERI e outros
: IVAN CARLOS PETIAN
: IZILDINHA LEONOR MEDEIROS PICCOLI
: IVANILTO FRANCISCO CARNEIRO
ADVOGADO : ENIVALDO DA GAMA FERREIRA JUNIOR e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA EDNA GOUVEA PRADO e outro
APELADO : OS MESMOS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 93.00.08292-2 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. JUROS DE MORA. MULTA DIÁRIA.

1. O recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ.
2. É pacífica a jurisprudência desta Turma que são devidos a partir da citação ou do saque do saldo, o que ocorrer por último.
3. A multa é devida em razão do atraso e só não incide se a obrigação for cumprida integralmente e dentro do prazo fixado. A natureza da multa não é punitiva, mas coercitiva, isto é, tem por finalidade compelir o executado ao adimplemento da obrigação. O poder público não possui o privilégio de descumprir suas obrigações ou de cumpri-las quando bem lhe aprouver; assim, está ele sujeito à multa pelo descumprimento ou pelo cumprimento tardio da obrigação de fazer.
4. Agravos desprovidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00031 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0042305-38.2004.4.03.0000/SP
2004.03.00.042305-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : INDUSTRIAS REUNIDAS SAO JORGE S/A
ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO PIRES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 1999.61.82.000411-7 2F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL SUSPensa EM VIRTUDE DE ADESÃO AO REFIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DO PROGRAMA.

1. A empresa agravada foi excluída do Programa REFIS. O fato superveniente à interposição do recurso deve ser levado em consideração. Assim, deve ser mantida a decisão monocrática que cassou a decisão recorrida.
2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo
Juíza Federal Convocada

00032 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0040170-19.2005.4.03.0000/SP
2005.03.00.040170-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : CELIA MIEKO ONO BADARO
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
AGRAVADO : CAMARGO FAGUNDES CIA LTDA -ME
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SERRA NEGRA SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 01.00.00001-4 2 Vr SERRA NEGRA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DA CAUSA. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS EM FACE DA EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO DETERMINADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Os embargos infringentes opostos, nos termos do procedimento delineado nos §§ 2º e 3º do art. 34 da Lei n.º 6.830/80, são julgados pelo próprio juiz de primeira instância, com isso, o legislador buscou desonerar a segunda instância com execuções e recursos delas advindos, com valor inferior ao de alçada. Diante disso, uma vez decidido o mérito recursal pelo Juízo *a quo*, o recurso cabível, a teor do contido no art. 102, inciso III da Constituição Federal,

seria o Recurso Extraordinário. Assim, ao interpor agravo de instrumento, a agravante valeu-se de recurso evidentemente descabido, impondo-se, destarte, proclamar a inviabilidade de sua prossecução.

2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0050737-55.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.050737-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : JOSE ADAO FERNANDES LEITE e outro

APELADO : FRANZ KLIN

ADVOGADO : ANTONIO DE MORAIS e outro

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. SAQUES INDEVIDOS EM TERMINAIS DE AUTO-ATENDIMENTO. TERCEIRO APRESENTADO COMO PREPOSTO DA CEF. SEGURANÇA DEFICIENTE.

A indenização dos danos materiais pretendida objetiva a compensação, a reparação de um prejuízo, *in casu*, pela indevida diminuição do patrimônio da parte autora.

A instrução processual confirmou que a parte autora foi ludibriada por uma mulher, que se postou como funcionária da CEF, no interior do seu estabelecimento, com objetivo ilícito, comportando-se, assim, como preposta da instituição financeira e fornecendo ajuda aos correntistas, para deles poder obter a senha e respectivo cartão magnético, sendo esse o nexa causal que deu origem aos fatos.

A CEF, como ela bem afirma, desenvolve ações de cunho sociais do governo, como é o de quitação de saldo do FGTS, concessão e saques de seguro desemprego, saques do PIS, dentre tantos outros, sendo essa uma razão a mais para que dê suporte adequado aos interessados que freqüentam suas agências, inibindo tais condutas.

A deficiência do serviço prestado se confirmou, pois é impensável que em uma agência bancária, local onde as pessoas vão para sacar dinheiro e efetuar outras transações financeiras, terceiros consigam se passar por atendentes do banco, auxiliando seus correntistas.

Não remanescem dúvidas quanto aos fatos ocorridos nas dependências da Caixa Econômica Federal, assim como o prejuízo de natureza material havido pelo autor, cuja proteção pelo Código de Defesa do Consumidor é abrigada no seu artigo 14.

Precedentes.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Eliana Marcelo

Juíza Federal Convocada

Boletim Nro 2833/2010

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001031-85.2008.4.03.6004/MS
2008.60.04.001031-2/MS

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : FELIX TABORGA PESOA reu preso
ADVOGADO : CAMILA JORDAO SUAREZ (Int.Pessoal)
APELADO : Justica Publica
No. ORIG. : 00010318520084036004 1 Vr CORUMBA/MS

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. COCAÍNA. MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. USO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO. TRÁFICO INTERESTADUAL. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06.

I - A materialidade delitiva está comprovada pelo auto de apresentação e apreensão, laudo preliminar e pelo laudo definitivo, os quais atestaram que a substância apreendida na posse do réu se tratava de cocaína na quantidade de 1,105 Kg (mil cento e cinco gramas).

II - Por sua vez, a autoria do crime restou provada à saciedade, não tendo sido objeto de insurgência do recorrente que, frise-se, foi preso em flagrante delito e confessou a prática delitiva tanto na polícia quanto em Juízo.

III - A transnacionalidade do tráfico restou comprovada de forma inequívoca, eis que o réu adquiriu a droga na Bolívia com o fim de introduzi-la no território brasileiro, mais precisamente em São Paulo.

IV - O art. 40, I, da Lei 11.343/06 é delito de natureza formal cuja execução não demanda a efetiva saída ou entrada no país da droga, precipuamente à vista do novel diploma que exige liame ainda mais tênue entre dois países ao mencionar a "transnacionalidade" do tráfico.

V - A consumação de algumas das figuras previstas no tipo do art. 33 da Lei 11.343/06, protraem-se no tempo, tal como ocorre com a locução "trazer consigo".

VI - No momento em que o réu foi preso em flagrante transportando a cocaína, o mesmo se encontrava em ônibus da Viação Andorinha, na qualidade de passageiro, conforme documento trazido aos autos e confirmado pelos depoimentos colhidos, utilizando-se, portanto, do transporte público para a prática delitiva.

VII - Referida causa de aumento deve ser aplicada mediante o simples uso do transporte público e independentemente da distribuição da droga naquele local.

VIII - Para o reconhecimento da causa de aumento do inciso V do art. 40 da Lei Antidrogas, é indispensável que a narcotraficância entre os Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal esteja devidamente comprovada nos autos, não bastando, para este fim, a mera intenção do agente em ultrapassar as linhas divisórias estaduais. É preciso comprovar que o ânimo do agente consista em internar em um Estado da Federação o entorpecente que se encontrava em outro. Mas se o dolo do agente é voltado para a exportação, ainda que para isso seja necessário ultrapassar fronteiras estaduais, não incide referida causa de aumento.

IX - Os elementos de prova dos autos evidenciam a prática do crime de tráfico internacional de droga, haja vista que a droga foi trazida da Bolívia para ser comercializada em São Paulo, o que obsta, portanto, o reconhecimento do tráfico interestadual.

X - A pena-base foi exacerbada expressivamente, devendo ser modificada.

XI - As circunstâncias inerentes ao tipo, como a busca pelo lucro fácil, e aquelas que já foram valoradas negativamente pelo legislador como causa de aumento de pena, como ocorre com a prática da traficância transnacional, não podem ser empregadas na primeira fase da dosimetria para agravar a situação do réu.

XII - A quantidade apreendida não justifica aumento dessa grandeza, especialmente tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, consoante precedentes desta Segunda Turma.

XIII - É de se manter a transnacionalidade do tráfico (art. 40, I, do novel diploma) que envolveu o comércio da droga entre Brasil e Bolívia, a utilização de transporte público (art. 40, III da Lei nº 11.343/06), porém NÃO a causa de aumento do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06 - tráfico entre estados da Federação), conforme expendido.

XIV - Consoante disposto no artigo 68, parágrafo único, do CP, havendo concurso de causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, o juiz poderá aplicar um só aumento ou uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

XV - O quantum estabelecido para diminuição da pena, ex vi do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, igualmente encontra-se em consonância com casos análogos julgados por esta Turma, não fazendo o réu jus à sua incidência no patamar máximo. Lembre-se que o réu encontrou o pacote de drogas no local de trabalho, sabia que tipo de droga era e que a mesma tinha um certo valor, levando-a para sua casa onde ficou por um período de tempo até decidir o que fazer. Vale dizer, tempo suficiente para voltar atrás na empreitada criminosa.

XVI - Recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no inciso V, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06. De ofício, reduzida a pena-base, nos termos do expendido, tornando definitiva a pena de 05 anos, 02 meses e 06 dias de reclusão e ao pagamento de 518 dias-multa, mantido, no mais, o **decisum**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para excluir a causa de aumento prevista no inciso V, do artigo 40, da Lei nº 11.343/06. De ofício, reduzir a pena-base, tornando definitiva a pena em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão e ao pagamento de 518 (quinhentos e dezoito) dias-multa, mantido, no mais, a r. sentença, nos termos do voto da senhora Desembargadora Federal Relatora, acompanhada pelo

voto do senhor Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia, com ressalva quanto à aplicabilidade do inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06, e pelo voto do senhor Desembargador Federal André Nekatschalow, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000287-79.2002.4.03.6108/SP
2002.61.08.000287-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Justica Publica
APELADO : LUIZ HENRIQUE DAMASCENO E SOUZA
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO FRANCO e outro
CO-REU : CARLOS CESAR DAMASCENO E SOUZA falecido

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO IRREGULAR DE AREIA/ARGILA. LEI 8.176/91. LEI 9.605/98 ART.55. BIS IN IDEM. DUPLICIDADE DE AÇÕES. CAPITULAÇÃO JURÍDICA DIVERSA. MESMOS FATOS. IDENTIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

I- Diz a inicial que a empresa funciona desde 1952 e com o advento da Lei dos Crimes Ambientais o Departamento Nacional de Produção Mineral autorizou a pesquisa mineral em 03.01.2000, pelo prazo de dois anos, a partir de 04.01.2000.

II- Em 31.10.2001 foi dada entrada junto a CETESB de solicitação de instalação da empresa com a atividade mineradora, não deferida até 20.03.2002, sendo que em 11.01.2001 foi realizada vistoria no local e elaborado termo de paralisação com as devidas orientações legais.

III- Ainda que os fatos tratados nesses autos tenham recebido, também, a capitulação de crime ambiental, anteriormente somente definidos como usurpação do patrimônio federal (Lei 8.176/91), eles já foram objeto do processo nº 98.1304389-0, tanto é assim, que o Inquérito Policial nº 70019/02 que deu origem a estes autos, foi deflagrado por requisição ministerial em 31.10.2001 manejada naquele processo.

IV- Bastante significativo, e ilustra a tese de *bis in idem*, destacar que a identificação dos fatos objeto do processo inicial (98.1304389-0) recebeu a numeração DNPM nº 821.459/98, derivada da vistoria determinada pelo Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Bauru-SP, que concomitantemente instruiu e é a razão de ser dos presentes autos, tudo a demonstrar notória identidade fática.

V- A narrativa da inicial destes autos informa cabalmente a identidade dos fatos versados em ambos os procedimentos, nas duas oportunidades, ao tempo em que a primeira ação penal sequer encontrava-se extinta ou encerrada, ainda em pleno trâmite, fato que seguramente não relaciona exclusivamente à capitulação jurídica conferida, ainda que diversa, ou ainda que o pedido ministerial de uma seja em maior medida que a anteriormente ventilada.

VI- O *Parquet* federal poderia - e deveria-, acaso julgasse cabível e conveniente, imputar ao réu desde o oferecimento da primeira inicial acusatória o delito previsto no art.55, da Lei 9.605/98, que ora alega não ter sido alcançado anteriormente, por sua omissão ou inércia.

VII- Lançando mão do conceito de litispendência em seara criminal, o Ministério Público Federal não atuando a tempo e modo, uma vez reconhecida a identidade dos fatos, preclusa está sua pretensão nos primeiros autos em que trouxe à baila a imputação dos fatos à pessoa do réu.

VIII- Improvido o recurso ministerial e mantida a r. sentença de primeiro grau, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao recurso e mantendo a r. sentença de primeiro grau, que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, nos termos do voto da senhora Desembargadora Federal Relatora, acompanhado pelo voto do senhor Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia, vencido o senhor Desembargador Federal André Nekatschalow que dava provimento ao recurso, reconhecendo a existência de fatos distintos e inexistência de litispendência entre as ações penais mencionadas, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal

00003 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000239-38.2003.4.03.6124/SP
2003.61.24.000239-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
INTERESSADO : Justica Publica
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.341/344
EMBARGANTE : EDNA APARECIDA BARRADO CORBANEZZI
ADVOGADO : APARECIDO CARLOS SANTANA e outro
CO-REU : SANTA MARTINEZ BARRADO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO DE PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL RECONHECIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

I - Embargos de declaração tem sua admissibilidade condicionada à existência de omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade no Julgado embargado.

II - Levando-se em conta a pena aplicada pelo Acórdão, é de se decretar a extinção da punibilidade do delito pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

III - Embargos acolhidos para suprir a omissão apontada e reconhecer a ocorrência da prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição, a teor do artigo com fundamento no artigo 61, do CPP e artigos 107, IV, primeira figura, c/c 109, VI e 110, § 1º, todos do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1500487-33.1998.4.03.6114/SP
2003.03.99.026621-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Justica Publica
APELADO : JOSE ALFREDO BESERRA DE FARIAS
ADVOGADO : SANDRA REGINA DOS SANTOS TRAJANO SILVA
: CRISTIANO DA SILVA TENÓRIO
No. ORIG. : 98.15.00487-5 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL. ART.294, DO CÓDIGO PENAL. PETRECHOS PARA FALSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CORREÇÃO. PRISÃO PROCESSUAL. ART.312, DO CPP. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. NÃO FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRESCRIÇÃO.

I - Réu encontrado com petrechos destinados à falsificação de documentos utilizados com vistas à realizar saques indevidos do FGTS.

II- Recurso ministerial exclusivamente para discussão da dosimetria da pena e prisão processual.

III- Na primeira fase da dosimetria, a teor do art.59, do CP, os apontamentos em desfavor do réu em relação à prática do art.171, do CP, a teor da redação da súmula 444 do E. STJ, ("*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*") inviabilizam a exasperação nos moldes pretendidos pela acusação, porquanto tais antecedentes são insuficientes para justificar a elevação da reprimenda.

IV- Mantida a pena final do art.294, do CP em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantido o *quantum* em 1/30 do salário mínimo, em função da inexistência de dados concretos sobre sua situação financeira.

V- Corrigida, de ofício, a data da vigência do valor unitário do dia-multa para aquele do dia dos fatos e mantido o regime inicial de cumprimento da pena aberto, na forma do art.33,§1º, "c", do Código Penal.

VI- Embora cabível, nos termos do art. 44, do CP, a substituição da pena privativa de liberdade, a redação do parágrafo 2º impõe a substituição da pena privativa de liberdade de um ano por uma restritiva de direitos ou multa.

VII- Corrigida, de ofício, a substituição operada, fixando-a em uma prestação de serviços à comunidade ou entidade pública a ser determinada pelo Juízo das Execuções, observado o disposto no parágrafo 3º do art.46 do Código Penal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação.

VIII- Inexistentes motivos autorizadores para justificar o decreto da prisão preventiva em desfavor do réu (art.312, do CPP), que respondeu em liberdade todo o processo, incabível segregação cautelar.

IX- Em que pese a existência de recurso ministerial, reconhecido, de ofício, o exaurimento da pretensão punitiva do Estado, porquanto o lapso temporal em relação à publicação da sentença condenatória (13.06.2003) até o julgamento do recurso de apelação exasperou quatro anos, extinguindo a punibilidade dos fatos imputados ao réu, fulminados pela prescrição, nos termos do art.109, V, em concurso com o art.107, IV, ambos do Código Penal. (Precedentes da E. 1º Seção desta Corte, nos Embargos Infringentes e de Nulidade de nº 01022116-20.1998.4.03.6181, acórdão ainda pendente de publicação).

X- Improvido o recurso ministerial e, de ofício, corrigido o valor da vigência do *quantum* do dia-multa, para fixá-la na data do fatos e corrigir a substituição operada, fixando-a em prestação de serviços à comunidade ou entidade pública a ser determinada pelo Juízo das Execuções, observando o disposto no parágrafo 3º do art.46 do Código Penal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. Decretada também de ofício o exaurimento da pretensão punitiva do Estado, extinguindo a punibilidade dos fatos imputados ao réu pela prescrição, nos termos do art.109, V, em concurso com o art.107, IV, ambos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso ministerial e, de ofício, corrigido o valor da vigência do *quantum* do dia-multa, para fixá-la na data do fatos e corrigir a substituição operada, fixando-a em prestação de serviços à comunidade ou entidade pública a ser determinada pelo Juízo das Execuções, observando o disposto no parágrafo 3º do art.46 do Código Penal, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. Decretada também de ofício o exaurimento da pretensão punitiva do Estado, extinguindo a punibilidade dos fatos imputados ao réu pela prescrição, nos termos do art.109, V, em concurso com o art.107, IV, ambos do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00005 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010529-54.2008.4.03.6119/SP
2008.61.19.010529-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : ASKIN AKBAL reu preso

ADVOGADO : CARLOS NICODEMOS OLIVEIRA SILVA e outro

APELADO : Justica Publica

EMENTA

PENAL: TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ECSTASY. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ERRO DE PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 33 §4º DA LEI Nº 11.343/06. PERDIMENTO DE BENS. CÉDULA DE 500 EUROS APREENDIDA COM O RÉU E PASSAGEM AÉREA. DESTRUIÇÃO DA DROGA.

I - No tocante à materialidade do delito de tráfico de substância entorpecente, não se observa mínima dúvida quanto a sua ocorrência, demonstrada através do Auto de Exibição e Apreensão, Laudo de Constatação (preliminar), posteriormente confirmado pelo definitivo laudo de *Exame Químico Toxicológico*, indicando tratar-se de *ecstasy*, o material encontrado em poder do réu, consubstanciado em 5.030g (peso líquido).

II - A autoria do crime restou provada à saciedade, não tendo sido objeto de insurgência do réu que, frise-se, foi preso em flagrante delito, ocasião em que apresentou versão de que veio ao Brasil para entregar uma mala, desconhecendo que em seu interior havia entorpecente e sem saber quem a enviou e para quem seria entregue, versão isolada nos autos.

III - Descabida a alegação de que houve erro de proibição, eis que, o réu não é a pessoa ingênua que quer transparecer. O grau de instrução do réu é o 2º grau. Exerce a profissão de garçom, consoante se colhe das informações sobre sua vida pregressa, tendo, portanto, plenas condições de discernimento e de saber da ilicitude da sua conduta. Não há como o réu, com desenvolvimento social dentro dos padrões medianos, de vivência na sociedade moderna, não apresentando motivo escusável, pretender elidir-se do conhecimento da lei.

IV - O réu nasceu na Turquia, país que visita com frequência, tem cidadania holandesa, não sendo crível o desconhecimento da ilicitude do fato.

V - Para a incidência da excludente de culpabilidade inscrita sob os moldes do art. 21, do CP, exige-se que o erro seja inevitável, visto que não era possível ao agente conhecer a regra proibição, apesar das diligências normais, o que efetivamente não é o caso dos autos.

VI - Na esteira da jurisprudência firmada pelos nossos tribunais, quando a confissão for utilizada para confirmar a autoria, constituindo um dos fundamentos do decreto condenatório, impõe-se reconhecer a incidência da referida circunstância atenuante.

VII - Cuida-se de circunstância atenuante de caráter objetivo, que não demanda análise quanto aos motivos íntimos da atitude do réu, bastando a assunção de responsabilidade pelo fato criminoso.

VIII - Comprovada a transnacionalidade, correta a incidência da causa de aumento do artigo 40, I, da Lei nº 11.343/06.

IX - Tendo em vista a quantidade de *ecstasy* transportado de forma totalmente camuflada, o magistrado entendeu corretamente que o réu integra organização criminosa, não sendo o caso de incidir a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

X - A pena torna-se definitiva em 07 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado e 660 dias multa. Quanto ao valor de cada dia-multa, é de ser mantido o mínimo legal.

XI - Comprovado nos autos que a cédula de E500 (quinhentos euros) considerada autêntica apreendida em poder do réu e a passagem aérea são objetos utilizados para o crime de tráfico perpetrado pelo acusado, impõe-se decretar o seu perdimento, nos termos do artigo 62, *caput*, da lei 11.343/06 e artigo 243 da Constituição Federal.

XII - O pedido de utilização do entorpecente em pesquisa científica formulado no apenso e não apreciado, será apreciado pelo Juízo de origem.

XIII - Recurso parcialmente provido para manter a condenação do réu como incurso no art. 33, §4º, c.c. art.40, I, ambos da Lei 11.343/06, aplicando-se o art.65, III, "d", do CP, tornando definitiva a pena em 07 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado e 660 dias multa, no valor unitário mínimo, mantida a sentença. Decretado o perdimento da cédula de E500 (quinhentos euros), bem como da passagem aérea de retorno à Europa (trecho não utilizado).

Determinado o desapensamento dos autos em apenso e o seu imediato envio ao Juízo de primeiro grau para decidir sobre o requerimento apresentado pelo médico Marcello Antonio Signorelli Cocuzza.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da defesa para manter a condenação do réu como incurso no art. 33, §4º, c.c. art. 40, I, ambos da Lei 11.343/06, aplicando-se o art. 65, III, "d", do CP, tornando definitiva a pena em 07 anos e 07 meses de reclusão, em regime inicial fechado e 660 dias multa, no valor unitário mínimo, mantida a sentença. Determinar o desapensamento dos autos em apenso e o seu imediato envio ao Juízo de primeiro grau para decidir sobre o requerimento apresentado pelo médico Marcello Antonio Signorelli Cocuzza, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00006 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0010081-57.2007.4.03.6106/SP
2007.61.06.010081-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

RECORRENTE : Justica Publica

RECORRIDO : ALMIR DOS ANJOS SILVA

: REGINALDO DE SOUSA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : MILIANE RODRIGUES DA SILVA (Int.Pessoal)

EMENTA

PENAL. DESCAMINHO. DENÚNCIA REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRIBUTOS QUE ULTRAPASSAM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS).

I - O entendimento do Colendo STF e do Egrégio STJ firmou-se no sentido de que é aplicável o princípio da insignificância nos casos de descaminho (art. 334 do Código Penal) em que o valor do tributo iludido não ultrapassa R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ainda que haja reiteração delituosa ou presença de maus antecedentes.

II - No caso dos autos, os acusados adquiriram, supostamente em sociedade, mercadorias no Paraguai e as internaram no Brasil sem a devida cobertura fiscal. O valor das mercadorias é alto, ultrapassa a soma de R\$ 39.000,00 e, por certo, os tributos não recolhidos superam o limite para aplicação do princípio da bagatela.

III - Recurso ministerial provido para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso ministerial para determinar o retorno dos

autos à vara de origem para prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal

00007 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004559-05.2000.4.03.6103/SP
2000.61.03.004559-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
RECORRENTE : Justica Publica
RECORRIDO : DOMICIO BENTO GONCALVES
ADVOGADO : ANTONIO DONIZETE DE TOLEDO e outro
RECORRIDO : JOSE DORNELIS DE ALMEIDA

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL. FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO. ART.296, §1º, INCISO I E §2º, DO CÓDIGO PENAL. UTILIZAÇÃO DE BRASÃO DA REPÚBLICA EM CARTÃO DE ESTACIONAMENTO. LUDIBRIO. SUPPOSTOS VEÍCULOS DE FROTA OFICIAL. CRIME FORMAL. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. ELEMENTOS MÍNIMOS PRESENTES. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

I- A conduta do tipo penal em comento, art. 296, §1º, I, do CP, consiste na utilização do selo ou do sinal público falsificado em sua destinação originária.

II- *In casu*, pouco importa para a configuração do delito tipificado se o agente auferiu alguma vantagem ou não com a falsificação, eis que o crime se consuma independentemente de qualquer resultado lesivo concreto, na medida em que é meramente formal e a sua caracterização prescinde da ocorrência ou não de prejuízo a terceiros ou do engodo.

III- A falsidade não se encontra na impressão ou na contrafação do documento como um todo, mas na reprodução ilegítima das armas da República, que resta acompanhada dos dizeres "Justiça Federal" e "estacionamento autorizado"; visando ainda conferir mais credibilidade aos supostos documentos utilizados nos para-brisas dos automóveis de propriedade dos recorridos, está acostada no anverso a "assinatura" do Juiz Federal e no verso um carimbo da Justiça Federal de Primeira Instância no Estado de São Paulo.

IV- Persiste a potencialidade lesiva mesmo que o documento, no qual consta a reprodução do selo, esteja desatualizado ou até inexistisse com aquelas configurações à época do fato, desde que, em tese, possibilitasse o estacionamento de carros oficiais sem ônus, se verdadeiramente o fosse.

V- Estando estampado o brasão com as armas da República, em meio impresso, xerocopiado do original, em documento cuja utilização, em tese, é privativa dos veículos de frota oficial, na tentativa de se fazerem passar como automóveis pertinentes ao serviço da Justiça Federal de São José dos Campos-SP, *a priori*, está configurada a tipicidade da conduta.

VI- A denúncia contém a exposição de fato tipificado na lei penal como criminoso, narrando o órgão acusador as circunstâncias que o cercam e a suficiente qualificação dos acusados, restou atendido, *quantum satis*, o artigo 41, do Código de Processo Penal.

VII- Não se constatando evidente atipicidade, ilegitimidade de parte, causa extintiva da punibilidade ou falta de condição da ação, resultam afastadas, por conseqüência, as hipóteses de rejeição da denúncia enumeradas no artigo 43, incisos I, II e III, do mesmo Código.

VIII- A denúncia, para ser viável, necessita de mero juízo de probabilidade, de modo que, para o seu oferecimento basta que os fatos nela descritos constituam crime, em tese, e que haja indícios suficientes de autoria.

IX- Recurso ministerial provido para receber a denúncia, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo de origem para normal prosseguimento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso para receber a denúncia, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo de origem para normal prosseguimento da ação penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00008 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001923-55.2004.4.03.6126/SP
2004.61.26.001923-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
INTERESSADO : Justica Publica
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.318/321
EMBARGANTE : ALVARO LIMA SARDINHA
ADVOGADO : MARCO AURELIO GABRIEL DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Embargos de declaração tem sua admissibilidade condicionada à existência de omissão, obscuridade, contradição ou ambiguidade no Julgado embargado.

II - No caso, o réu alega obscuridade no que diz respeito à pena substitutiva da pena privativa de liberdade.

III - Não se verifica o vício apontado, na medida em que o Acórdão foi expresso ao declarar que a substituição operada pela sentença monocrática observou os ditames legais e não merece reparo.

IV - Dentro desse contexto, resta claro que a prestação de serviços à comunidade e o pagamento da multa, conforme fixados pela sentença monocrática, foram mantidos.

V - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal

00009 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002570-21.2000.4.03.6181/SP
2000.61.81.002570-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : RICARDO ELIA EFEICHE
: RUBENS ELIA EFEICHE
ADVOGADO : WARRINGTON WACKED JUNIOR e outro
APELADO : Justica Publica

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL. ART.5º, DA LEI 7.492/86. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO. ADIANTAMENTO À EMPRESA FORNECEDORA DE BENS. COTAS NÃO CONTEMPLADAS. DESVIO DE RECURSOS EM PROVEITO PRÓPRIO. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

I- Réus que gozando dos poderes inerentes à função de gerência da sociedade (Cláusula Sétima da 25ª Alteração Contratual de 28.12.95) utilizaram-se indevidamente dos recursos dos grupos consorciais para adiantamento à empresa fornecedora de bens, bem como desviaram recursos, dos quais tinham posse, de grupos de consórcio em proveito próprio para finalidade diversa daquela a que se destinavam, incidindo na conduta prevista no artigo 5º, *caput, in fine*, da Lei 7.492/86.

II- A administradora, por meio de seus sócios-gerentes, emitiu sistematicamente cheques para a revendedora de motos CONEXÃO MOTOS LTDA., na conta de adiantamentos a fornecedores, sem a existência de cotas regularmente contempladas de motocicletas, conforme consta no relatório do BACEN.

III- Comprovado o desvio de recursos de grupos de consórcios, através de saques superiores ao permitido a título de taxa de administração e através da utilização de recursos de grupos de consórcios ativos para pagamento de indenizações e custas decorrentes de ações judiciais com base na Súmula 35, favorecendo participantes de grupos já encerrados.

IV- Não há falar em cerceamento de defesa, na medida em que o ofício ao Banco Bradesco, requerido pela parte ao juízo *a quo*, foi deferido e devidamente respondido antes da fundamentação da sentença.

V- A materialidade delitiva restou demonstrada pelos documentos arquivados na contabilidade da SOPOUPE Administradora de Consórcios S/C LTDA, ademais, está acostado aos autos o Processo Administrativo de nº 9900946979, instaurado pelo Banco Central do Brasil, que concluiu pelas irregularidades mencionadas na inicial.

VI- Réus que constam como pessoas que exercem função gerencial na empresa, extraindo-se em razão da Cláusula Sétima da 25ª alteração contratual de 28.12.95, não demonstrando em nenhum momento qualquer início de prova do contrário, não existindo razões, portanto, para que se desconsidere essa prova documental.

VII- Em relação ao adiantamento aos fornecedores, os réus não negaram a conduta, apenas a imputaram como corriqueira e cotidiana, o que é verdadeiro, desde que exista um convênio entre a administradora, a fornecedora dos bens e a anuência dos consorciados, condições não comprovadas em juízo.

VIII- Por sua vez, o desvio de recursos de grupos consorciais atinentes à retiradas em maior grandeza que a angariada pelo respectivo grupo também está indene de dúvidas, assim, em 28.02.99, o valor consolidado transferido a maior para a administradora alcançava quase cento e setenta mil reais, cuja prova de reposição *a posteriori* pela administradora apenas restou como alegação, não existindo prova a respeito.

IX- A terceira conduta imputada aos réus, relativa ao pagamento de indenizações decorrentes de ações judiciais utilizando-se de recursos de grupos de consórcios ativos, favorecendo com o pagamento de grupos inativos a título de custas o montante de R\$ 29.570,29 e o principal em R\$606.711,15, também restando claramente demonstrada nos autos.

X- Condenação e dosimetria da pena mantidas.

XI- Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00010 HABEAS CORPUS Nº 0025915-17.2009.4.03.0000/SP

2009.03.00.025915-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
IMPETRANTE : DULCINEIA NASCIMENTO ZANON TERCENIO
PACIENTE : DULCINEIA NASCIMENTO ZANON TERCENIO
ADVOGADO : DULCINEIA NASCIMENTO ZANON TERCENIO e outro
CODINOME : DULCINEIA DE JESUS NASCIMENTO
: DULCINEIA DE JESUS NASCIMENTO
: DULCINEIA DE JESUS NASCIMENTO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE GUARULHOS > 19 SSJ > SP
No. ORIG. : 2009.61.19.005636-1 4 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PROCESSUAL PENAL: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 304 C/C ARTIGO 299 DO CP. USO DE DOCUMENTO IDEOLOGICAMENTE FALSO. CRIME DE MERA ATIVIDADE. INEXIGIBILIDADE DA PRODUÇÃO DE RESULTADO. DENÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. FATOS QUE EXIGEM MAIORES ESCLARECIMENTOS. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. DÚVIDA MILITA EM FAVOR DA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA DE PROVA. NÃO CABIMENTO. IMUNIDADE DO ADVOGADO RESTRITA ÀS MANIFESTAÇÕES. ORDEM DENEGADA.

I - É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a denúncia para ser viável necessita de mero juízo de probabilidade bastando, para o seu oferecimento, que os fatos constituam crime em tese e que haja indícios suficientes de autoria.

II - No presente caso, a materialidade do delito restou sobejamente demonstrada nos autos, através das declarações de Milutin e Ivan, que afirmaram de forma categórica que o conteúdo dos documentos apresentados pela paciente não é verdadeiro e que os mesmos desconheciam que sua advogada teria apresentado referidos documentos para instruir o pedido de liberdade provisória em favor deles.

III - São suficientes os indícios de autoria. A peça acusatória está lastreada em cópias de peças de informação encaminhadas pelo Juízo Federal da 6ª Vara de Guarulhos/SP, dando conta da existência da infração penal descrita e fortes indícios de autoria, havendo justa causa para a ação penal.

IV - As afirmações de Milutin e Ivan, clientes da paciente, constituem prova idônea para ensejar o recebimento da denúncia, fase em que vale o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, a dúvida milita em favor da instauração da ação penal.

V - Os fatos merecem maiores esclarecimentos, havendo nos autos, contudo, o suficiente para a instauração da ação penal, sendo certo que, neste momento, não se exige prova cabal e definitiva, a qual é exigida para a emissão de decreto condenatório.

VI - A ocorrência de circunstâncias que possam demonstrar, por exemplo, o não cometimento do crime e ausência de dolo constituem matérias que somente poderão ser apreciadas durante a dilação probatória, a ser feita na instrução criminal e não na fase de recebimento da denúncia, sob pena de restar caracterizada uma absolvição antecipada, a qual carece de amparo em nosso ordenamento jurídico.

VII - Emerge dos autos que na denúncia apresentada contra a paciente, o *parquet* arrolou como testemunhas todos os envolvidos, ou seja, Milutin e Ivan, antigos clientes da paciente, o atual defensor deles e as pessoas tidas como signatárias dos documentos ideologicamente falsos.

VIII - Logo, comprovada a materialidade e verificados os indícios de autoria do crime descrito na denúncia, não há de se falar em trancamento da ação penal.

IX - A paciente foi denunciada pelo crime de uso de documento ideologicamente falso, que é crime de mera atividade e não exige a produção de resultado, restando caracterizado, ao menos em tese, o crime que lhe é imputado.

X - O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o exame do conjunto fático-probatório, porquanto as questões relacionadas ao mérito não podem ser objeto de deliberação, nesta sede, sob pena de supressão de instância.

XI - A imunidade do advogado se restringe às suas manifestações, afastando somente a caracterização dos crimes de *injúria* ou *difamação*.

XII - No caso, é evidente que a imunidade não ampara a conduta da paciente, que, em tese, apresentou documentos particulares ideologicamente falsos para instruir processo judicial.

XIII - Havendo justa causa para a ação penal, impõe-se afastar o alegado constrangimento ilegal.

XIV - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00011 HABEAS CORPUS Nº 0025304-30.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.025304-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
IMPETRANTE : SIMONE MURAD
PACIENTE : FABIO RODRIGO GOMES DOS SANTOS reu preso
ADVOGADO : SIMONE MURAD e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 00122367420094036102 1 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

EMENTA

PROCESSUAL PENAL: RÉU PRESO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. EXCESSO DE PRAZO JUSTIFICADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 403 DO CPP. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRISÃO CAUTELAR. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. NECESSIDADE DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

I - Demonstrada a existência de motivo de força maior, em virtude de complexidade no andamento do processo, justifica-se a dilação do prazo para o término da instrução criminal (CPP, artigo 403).

II - A prisão preventiva deve ser reservada para casos excepcionais. Os pressupostos autorizadores estão contidos no artigo 312, do CPP, impondo-se, ainda, que haja necessidade incontestável da medida excepcional.

III - Não há ilegalidade na custódia cautelar do paciente, uma vez demonstrada a existência de fortes indícios de autoria e materialidade delitiva, bem como sua necessidade.

IV - A necessidade da segregação cautelar do paciente é incontestável, pois, colocá-lo em liberdade acarretaria inúmeros riscos à sociedade permitindo que o mesmo persista na prática criminosa.

V - O paciente não comprovou, com os documentos que instruem a presente impetração, a existência de residência fixa e o exercício de ocupação lícita, motivo pelo qual o risco para a aplicação da lei penal, no caso de revogação da prisão do paciente, não pode ser ignorado.

VI - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00012 HABEAS CORPUS Nº 0018767-18.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.018767-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
IMPETRANTE : Defensoria Publica da Uniao
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
PACIENTE : CICERO BATALHA DA SILVA reu preso
ADVOGADO : LUCIANA FERREIRA GAMA PINTO (Int.Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int.Pessoal)
: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00097966720074036105 1 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

PROCESSUAL PENAL: RÉU PRESO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. EXCESSO DE PRAZO JUSTIFICADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 403 DO CPP. COMPLEXIDADE DO FEITO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. ATUAÇÃO RELEVANTE DO PACIENTE NO ESQUEMA CRIMINOSO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. NECESSIDADE DEMONSTRADA. DECRETO FUNDAMENTADO. PARTICIPAÇÃO RELEVANTE NA FRAUDE PERPETRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

I - Demonstrada a existência de motivo de força maior, em virtude de complexidade no andamento do processo, justifica-se a dilação do prazo para o término da instrução criminal (CPP, artigo 403).

II - Não caracteriza constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo no encerramento da instrução criminal, notadamente, diante da complexidade do feito decorrente da grande quantidade de réus e da necessidade de expedição de cartas precatórias.

III - O entendimento pretoriano é no sentido de que o lapso temporal para o término do processo criminal submete-se ao princípio da razoabilidade.

IV - A prisão preventiva deve ser reservada para casos excepcionais. Os pressupostos autorizadores estão contidos no artigo 312, do CPP, impondo-se, ainda, que haja necessidade incontestável da medida excepcional.

V - Não há ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente; nem na que a ratificou, uma vez demonstrada a existência de fortes indícios de autoria e materialidade delitiva, bem como sua necessidade.

VI - A prisão preventiva do paciente foi decretada para salvaguardar a ordem pública, considerando a extensão da fraude perpetrada contra os cofres públicos; a pluralidade de agentes; o *modus operandi* do grupo; o aliciamento de pessoas para com os artifícios elaborados pela quadrilha visando à concessão de benefícios fraudulentos; a continuidade delitiva e a lesividade da fraude.

VII - O Juízo impetrado indeferiu corretamente a revogação da prisão preventiva do paciente, estando suficientemente justificada a sua segregação cautelar. Há prova da existência do crime e indícios de autoria, assim também da sua necessidade.

VIII - Presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP, conclui-se que o paciente não está sofrendo constrangimento ilegal.

IX - É de se concluir, assim, que na espécie incorre o alegado constrangimento ilegal.

X - Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00013 HABEAS CORPUS Nº 0023530-62.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.023530-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
IMPETRANTE : MARCELO LUIZ ÁVILA DE BESSA
: BRUNO ALVES PEREIRA DE MASCARENHAS BRAGA
PACIENTE : LUIS FERNANDO MACHADO E SILVA
ADVOGADO : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE GUARULHOS > 19 SSP > SP
No. ORIG. : 00091131720094036119 5 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL: DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ÍNFIMO DA MERCADORIA APREENDIDA. LEI Nº 10.522/02. ARTIGO 20. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM DIREITO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

I - A jurisprudência tem se orientado pela aplicação do princípio da insignificância quando o valor do imposto que não foi recolhido corresponde a valor que o próprio Estado, sujeito passivo do crime de descaminho manifesta desinteresse em sua cobrança, ou seja, quando o valor do tributo iludido não ultrapassar a R\$10.000,00 (dez mil reais). Inteligência do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.033/2004.

II - Pelo princípio da insignificância exclui-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, não tem conteúdo de reprovabilidade na esfera penal.

III - O montante dos tributos iludidos pelo paciente é de R\$9.613,76 (nove mil, seiscentos e treze reais e setenta e seis centavos), valor inferior àquele que o Estado expressou o seu desinteresse, a evidenciar que a conduta imputada ao paciente não pode ser havida como lesiva do bem jurídico tutelado, ou seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.

IV - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal nº 2009.61.19.009113-0.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conceder a ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 2009.61.19.009113-0, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00014 EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL Nº 0014762-39.2007.4.03.6181/SP
2007.61.81.014762-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
EXCIPIENTE : KIAVASH JOORABCHIAN
: NOJAN BEDROUD
ADVOGADO : ROBERTO PODVAL e outro
EXCEPTO : JUIZ FEDERAL FAUSTO MARTIN DE SANCTIS
CODINOME : FAUSTO MARTIN DE SANCTIS

EMENTA

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. IMPARCIALIDADE DO EXCEPTO NÃO CONFIGURADA. CABIMENTO. EXCEÇÃO IMPROCEDENTE.

I - O excipiente alega que a suspeição fundamentar-se-ia na ausência de imparcialidade do excepto na condução da ação penal em razão da decisão de recebimento da denúncia demonstrar invasão de terreno privativo da acusação na apreciação dos fatos, atuando o excepto como se fosse órgão da acusação, o que lhe retiraria a necessária isenção para o julgamento do processo. Aponta excesso de fundamentação, bem como a ocorrência de prejulgamento pelo excepto, o que se verificaria, inclusive, pelo fato de ter negado acesso à prova mencionada na denúncia, ter vedado acesso à documentação oriunda da República Francesa e ter motivado o decreto de prisão preventiva de forma a demonstrar certeza quanto à culpabilidade.

II - Sob esses aspectos, isoladamente considerados, não há imparcialidade do excepto na condução do feito ao proferir decisões atento à imprescindível necessidade de motivação dos atos judiciais, sem transbordar os limites legais, imprimindo andamento ao processo.

III - Essas questões já foram objeto de exame em habeas corpus impetrados perante esta Corte Regional, tendo a Segunda Turma se pronunciado acerca da higidez do despacho de recebimento da denúncia no sentido de que não houve inovação em relação aos seus termos, nem antecipação do julgamento, limitando-se o magistrado impetrado, ora excepto, a expor as suas razões de convencimento quanto à existência de indícios de autoria e materialidade delitivas e propiciando o conhecimento das razões de decidir de forma a assegurar o exercício da ampla defesa. Assentou-se, por fim, que embora o magistrado tenha tecido considerações acerca dos fatos e realizado transcrições de interceptações telefônicas, não houve imputação de fatos novos, mas tão somente a análise dos elementos indiciários que fundamentaram a inicial acusatória, de forma a justificar o reconhecimento da justa causa para a ação penal.

IV - Relativamente ao decreto da prisão preventiva, a Segunda Turma entendeu que o excepto agiu corretamente, pois, em relação aos estrangeiros, inexistente vínculo com o distrito da culpa e o encarceramento tem por objetivo, dentre outros, garantir a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. Consignou-se, ainda, que não se estava conferindo tratamento desigual pelo simples fato de ser estrangeiro pois, a comprovação de residência fixa no distrito da culpa e de ocupação lícita são requisitos exigidos também para qualquer brasileiro.

V - Em relação às demais questões, as partes e seus respectivos procuradores tiveram acesso aos dados coletados e lhes foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa. As prorrogações foram deferidas em decisões fundamentadas, em consonância com o posicionamento dos nossos tribunais. Ademais, o processo está instruído com as transcrições que serviram de base à denúncia, não existindo prejuízo à defesa, sendo suficiente transcrição parcial das partes consideradas relevantes à ação penal e colocadas à disposição da defesa.

VI - Iguamente fundamentada a decisão que negou acesso à defesa da documentação oriunda da França, frisando-se que o seu sigilo foi decretado pelas autoridades francesas e nenhum dos envolvidos teve acesso a ela.

VII - Procedeu acertadamente o excepto, pois o artigo 6º da Lei nº 11.111/2005 expressamente determina que os documentos públicos poderão ter seu sigilo decretado se constatado que o acesso a eles "ameaçar a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País", como ocorreu no caso **sub examen**.

VIII - Como o sigilo da mencionada documentação foi decretado em virtude de pedido formulado pelo próprio governo francês, temeroso de que a sua divulgação pudesse acarretar prejuízo às investigações em curso naquele país, firmou-se o entendimento de que a decisão impugnada reveste-se de legalidade.

IX - A Segunda Turma desta Corte Regional concedeu **habeas corpus** de ofício para excluir da denúncia a referência feita aos documentos oriundos do governo francês, que foram desentranhados dos autos, para preservar o seu sigilo em razão da solicitação feita pela autoridade francesa (HC nº 2007.03.00.102791-1, julgado em 17/03/2009).

X - Reconhecida a legalidade das decisões mencionadas, tem-se que o magistrado agiu no exercício da função jurisdicional, não se verificando irregularidade na condução do feito pelo excepto, sob esses enfoques.

XI - Exceção improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a exceção de suspeição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de outubro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00015 EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL Nº 0014761-54.2007.4.03.6181/SP

2007.61.81.014761-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
EXCIPIENTE : BORIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY
ADVOGADO : ALBERTO ZACHARIAS TORON e outro
EXCEPTO : JUIZ FEDERAL FAUSTO MARTIN DE SANCTIS
CODINOME : FAUSTO MARTIN DE SANCTIS
CO-REU : KIAVASH JOORABICHIAN e outros
: ALBERTO DUALIB
: NESI CURI
: RENATO DUPRAT FILHO
: ALEXANDRE VERRI
: PAULO SERGIO SCUDIÈRE ANGIÒNI

: NOJAN BEDROUD

EMENTA

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. IMPARCIALIDADE DO EXCEPTO NÃO CONFIGURADA. CABIMENTO. EXCEÇÃO IMPROCEDENTE.

I - O excipiente alega que a suspeição fundamentar-se-ia na ausência de imparcialidade do excepto na condução da ação penal em razão da decisão de recebimento da denúncia demonstrar invasão de terreno privativo da acusação na apreciação dos fatos, atuando o excepto como se fosse órgão da acusação, o que lhe retiraria a necessária isenção para o julgamento do processo. Aponta excesso de fundamentação, bem como a ocorrência de prejulgamento pelo excepto, o que se verificaria, inclusive, pelo fato dele ter tecido considerações pessoais acerca do excipiente, ter determinado a expedição de edital de citação antes da tentativa de citação pessoal, ter negado acesso à prova mencionada na denúncia, ter vedado acesso à documentação oriunda da República Francesa, ter motivado o decreto de prisão preventiva de forma a demonstrar certeza quanto à culpabilidade e ter autorizado desnecessariamente a prorrogação das interceptações telefônicas.

II - Sob esses aspectos, isoladamente considerados, não há imparcialidade do excepto na condução do feito ao proferir decisões atento à imprescindível necessidade de motivação dos atos judiciais, sem transbordar os limites legais, imprimindo andamento ao processo.

III - Essas questões já foram objeto de exame em habeas corpus impetrados perante esta Corte Regional, tendo a Segunda Turma se pronunciado acerca da higidez do despacho de recebimento da denúncia no sentido de que não houve inovação em relação aos seus termos, nem antecipação do julgamento, limitando-se o magistrado impetrado, ora excepto, a expor as suas razões de convencimento quanto à existência de indícios de autoria e materialidade delitivas e propiciando o conhecimento das razões de decidir de forma a assegurar o exercício da ampla defesa. Assentou-se, por fim, que embora o magistrado tenha tecido considerações acerca dos fatos e realizado transcrições de interceptações telefônicas, não houve imputação de fatos novos, mas tão somente a análise dos elementos indiciários que fundamentaram a inicial acusatória, de forma a justificar o reconhecimento da justa causa para a ação penal.

IV - Relativamente ao decreto da prisão preventiva, a Segunda Turma entendeu que o excepto agiu corretamente, pois, em relação aos estrangeiros, inexistente vínculo com o distrito da culpa e o encarceramento tem por objetivo, dentre outros, garantir a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal. Consignou-se, ainda, que não se estava conferindo tratamento desigual pelo simples fato de ser estrangeiro pois, a comprovação de residência fixa no distrito da culpa e de ocupação lícita são requisitos exigidos também para qualquer brasileiro.

V - Em relação às demais questões, as partes e seus respectivos procuradores tiveram acesso aos dados coletados e lhes foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa. As prorrogações foram deferidas em decisões fundamentadas, em consonância com o posicionamento dos nossos tribunais. Ademais, o processo está instruído com as transcrições que serviram de base à denúncia, não existindo prejuízo à defesa, sendo suficiente transcrição parcial das partes consideradas relevantes à ação penal e colocadas à disposição da defesa.

VI - Iguamente fundamentada a decisão que negou acesso à defesa da documentação oriunda da França, frisando-se que o seu sigilo foi decretado pelas autoridades francesas e nenhum dos envolvidos teve acesso a ela.

VII - Procedeu acertadamente o excepto, pois o artigo 6º da Lei nº 11.111/2005 expressamente determina que os documentos públicos poderão ter seu sigilo decretado se constatado que o acesso a eles "ameaçar a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País", como ocorreu no caso **sub examen**.

VIII - Como o sigilo da mencionada documentação foi decretado em virtude de pedido formulado pelo próprio governo francês, temeroso de que a sua divulgação pudesse acarretar prejuízo às investigações em curso naquele país, firmou-se o entendimento de que a decisão impugnada reveste-se de legalidade.

IX - A Segunda Turma desta Corte Regional concedeu **habeas corpus** de ofício para excluir da denúncia a referência feita aos documentos oriundos do governo francês, que foram desentranhados dos autos, para preservar o seu sigilo em razão da solicitação feita pela autoridade francesa (HC nº 2007.03.00.102791-1, julgado em 17/03/2009).

X - Reconhecida a legalidade das decisões mencionadas, tem-se que o magistrado agiu no exercício da função jurisdicional, não se verificando irregularidade na condução do feito pelo excepto, sob esses enfoques.

XI - É cediço que é vedado ao juiz a manifestação, por qualquer meio de comunicação, de sua opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outro, à exceção da crítica feita nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério, nos termos do artigo 36, inciso III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

XII - Entrevista concedida não poderia ensejar a suspeição do magistrado, eis que, suas declarações foram genéricas limitando-se a expressar pensamento sobre a criminalidade, em especial sobre o crime de lavagem e delitos afins.

XIII - Não há qualquer impedimento legal a que juízes possam livremente manifestar sua opinião, pelos meios de comunicação, sobre o combate à criminalidade, de uma forma geral.

XIV - Exceção improcedente

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a exceção de suspeição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de outubro de 2010.

Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00016 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0069754-34.2005.4.03.0000/SP
2005.03.00.069754-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : UNICOM UNIAO COOPERATIVA MEDICA
ADVOGADO : FERNANDO EDUARDO ORLANDO
PARTE RE' : JOSE PAULO BIANCARDI e outro
: MARCO ANTONIO HERCULANO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE JUNDIAI SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 04.00.00710-6 A Vr JUNDIAI/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. SUFICIÊNCIA DA GARANTIA. RECEBIMENTO. DIREITO DE DEFESA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A diferença encontrada entre o valor da dívida e o valor dos bens penhorados para garantia do débito é ínfima, se comparada com o montante devido. Por conta disso, não há como falar que a dívida não se encontra garantida e, por conseguinte, que os embargos não devem ser recebidos.

II - A oposição dos embargos é o momento no qual o executado exerce o seu direito de defesa na execução fiscal, direito este consagrado pela Constituição Federal e que não pode ser mitigado por conta de excesso de formalismo no campo da prestação jurisdicional.

III - Ademais, pode o exequente se valer do reforço da penhora em qualquer fase do processo, bastando formular pedido ao Magistrado competente.

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00017 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0059766-86.2005.4.03.0000/SP
2005.03.00.059766-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
AGRAVADO : METALURGICA PIQUERI LTDA e outro
ADVOGADO : EDMUNDO LEVISKY
AGRAVADO : PAULO TOSCANI espolio
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00.05.03634-8 4F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL FGTS. INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO. ESPÓLIO. RESPONSABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

I - Falecido o sócio, cuja determinação de inclusão no pólo passivo foi a ele dirigida, cabe ao espólio figurar no pólo passivo da execução fiscal, enquanto não realizada a partilha. Inteligência do artigo 1.997, *caput*, do Código Civil, aplicável à espécie.

II - Não se trata de função do Poder Judiciário diligenciar no sentido de localizar o espólio e seus responsáveis, atribuição esta que cabe ao exequente, o qual deve pesquisar nas Varas de Família e Sucessões da Justiça Estadual quais são as pessoas que integram o espólio e o seu representante, a fim de que a citação seja dirigida à pessoa correta.

III - Agravo de instrumento parcialmente provido. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00018 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026974-79.2005.4.03.0000/SP
2005.03.00.026974-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : SANPS COM/ DE ALIMENTOS LTDA e outros
: LUIZ AUGUSTO FERRAZ DO AMARAL
: LUIZ AUGUSTO MOS VAZ
ADVOGADO : SIDINEI MAZETI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 97.03.14367-9 9 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO. ARTIGO 133, DO CTN. OPÇÃO PELO REFIS. PROVA DOCUMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

I - Nos termos do artigo 133, *caput*, do Código Tributário Nacional, a sucessão se dá pela aquisição por parte de pessoa natural ou jurídica, a qualquer título, de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, com a continuidade da respectiva exploração, seja sob a mesma razão social ou sob firma ou nome individual.

II - Nos autos da execução fiscal, o próprio advogado da empresa executada peticionou no sentido de que fossem juntados o Termo de Opção do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, os comprovantes dos débitos relacionados na Secretaria da Receita Federal e, ainda, o valor dos débitos inscritos na Procuradoria da Fazenda Nacional, sendo certo que consta do Termo de Opção do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS o nome da empresa XIS Comércio de Alimentos Ltda como optante, situação que evidencia a sucessão e assunção dos débitos da executada SANPS Comércio de Alimentos Ltda.

III - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00019 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006897-88.2001.4.03.0000/SP
2001.03.00.006897-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : FUNDACAO INSTITUTO DE ENSINO PARA OSASCO FIEO
ADVOGADO : MONICA TIMM
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF I DE OSASCO SP

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

No. ORIG. : 87.00.00080-2 AI Vr OSASCO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO EXECUTIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

I - O acórdão proferido pela Colenda 2ª Turma desta Egrégia Corte que deu provimento à remessa oficial tirada dos autos dos embargos à execução fiscal opostos pela Fundação Instituto de Ensino para Osasco - FIEO para manter incólume o título executivo e determinar o prosseguimento da execução transitou em julgado, haja vista que os recursos interpostos pela empresa executada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça e no Egrégio Supremo Tribunal Federal tiveram os seguimentos negados (consulta processual realizada pela rede mundial de computadores).

II - Diante do trânsito em julgado do acórdão, a Fundação Instituto de Ensino para Osasco - FIEO propôs ação rescisória com vistas a desconstituir a decisão proferida por esta Egrégia Corte nos autos dos embargos à execução fiscal, entretanto, a ação rescisória distribuída a esta Egrégia Corte sob o nº 0024072-90.2004.4.03.0000 não teve o pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido pelo e. Desembargador Federal Relator, o que autoriza o prosseguimento do feito executivo até seus ulteriores termos.

III - Agravo de instrumento improvido. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00020 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0018081-55.1993.4.03.6100/SP

2002.03.99.022123-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

PARTE AUTORA : GREEN HOUSE ESTUFAS AGRICOLAS LTDA

ADVOGADO : FERNANDA MARIA BORGHI FERNANDES e outro

PARTE RÉ : Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI

ADVOGADO : CLAUDIO SOARES DE MOURA e outro

PARTE RÉ : MAQUINAS SUZUKI S/A

ADVOGADO : KONE PRIETO FURTUNATO e outro

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 93.00.18081-9 17 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PATENTE. INOVAÇÃO. ESTADO DA TÉCNICA. POSIÇÃO PROCESSUAL DO INPI. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

I - Não há que se falar da exclusão do INPI do pólo passivo da ação em razão do fato da própria lei que regula a matéria impor sua intervenção obrigatória nos processos em que se discute a anulação de marcas e patentes de propriedade industrial.

II - Compete ao INPI, na qualidade de autarquia federal, executar no âmbito nacional as normas que regulam a propriedade industrial e conceder o registro da marca, a que, no presente caso, se pleiteia nulidade, implicando, portanto, revisão judicial de ato administrativo que pode gerar efeitos para a autarquia.

III - Considerando que os procedimentos administrativos de concessão do registro à empresa ré transcorreram sem nenhuma oposição junto ao INPI, não se poderia exigir do mesmo que tivesse conhecimento prévio da existência da marca internacional japonesa não registrada no Brasil nem notoriamente conhecida, tanto nacional quanto internacionalmente.

III - Diante da inexistência de depósito anterior de patente sobre o mesmo tipo de dispositivo, do desconhecimento do uso do mesmo, da impossibilidade do exame técnico proceder à pesquisa prévia de todas as publicações internacionais e da ausência de resistência da autarquia, que reconheceu, de plano, a procedência do pedido, torna-se injustificável sua condenação a arcar com os honorários advocatícios, uma vez que foi a empresa ré que deu causa ao presente feito.

IV - Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, condenando unicamente a empresa ré às custas processuais e aos honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041197-95.1990.4.03.6100/SP
1999.03.99.034058-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI
ADVOGADO : MAURO FERNANDO F G CAMARINHA
APELADO : PROPLAST IND/ E COM/ DE MAQUINAS LTDA
ADVOGADO : RENATA CURI BAUAB GIMENES
APELADO : DRIER ESTUFAS E CABINAS INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADO : JORGE TEIXEIRA PINTO
No. ORIG. : 90.00.41197-1 8 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO CIVIL: INPI. POLO PASSIVO. PRELIMINAR REJEITADA. DIFERENÇA GRÁFICA E FONÉTICA. TERMOS DE USO COMUM. APROPRIAÇÃO EXCLUSIVA. APELAÇÃO PROVIDA.

I - Não há que se falar da exclusão do INPI do pólo passivo da ação em razão do fato da própria lei que regula a matéria impor sua intervenção obrigatória nos processos em que se discute a anulação de marcas e patentes de propriedade industrial.

II - Compete ao INPI, na qualidade de autarquia federal, executar no âmbito nacional as normas que regulam a propriedade industrial e conceder o registro da marca, a que, no presente caso, se pleiteia nulidade, implicando, portanto, revisão judicial de ato administrativo que pode gerar efeitos para a autarquia.

III - Da análise das marcas, identifica-se semelhança de parte de seus elementos e o fato de estarem relacionadas ao mesmo ramo de atividade, critérios estes entre os previstos no artigo 65, nº 17, da Lei 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial então vigente à época dos registros em debate, revogado pela Lei 9.279/96) que dispõe sobre o impedimento do registro de marcas que possibilitem a confusão ou associação, por parte do consumidor, com outras marcas já registradas.

IV - No entanto, tal semelhança ortográfica é muito pequena, uma vez que a marca "CONTIDRYER" contém disparidade na forma e extensão da grafia, é desigual na fonética dos termos, uma vez que a pronúncia, tanto do conjunto que a compõe quanto da parte semelhante (DRYER), individualmente, é inconfundível com a marca "DRIER".

V - De fato, a pequena semelhança de sentido entre um dos elementos que compõem uma das marcas é irrelevante, onde, apreciada em conjunto, não apenas pelos detalhes isolados dos termos que a compõem, não deixa dúvida no observador, a induzi-lo à confusão ou associação entre elas.

VI - Como a marca "CONTIDRYER" é distinta, tanto pelo elemento de composição 'CONTI' quanto no vocábulo 'DRYER', que a compõem, não reproduzido ou imitado pela marca "DRIER", que induza o consumidor a adquirir produto da empresa ré, pensando tratar-se de produtos da empresa autora.

VII - Cabe salientar que os termos 'DRIER' e 'DRYER' são de uso comum, não cabendo sua apropriação exclusiva, tanto fonética, ortográfica quanto do sentido que carregam consigo, impedindo o registro, desta forma, signo distintivo que se utilize de qualquer um desses termos, mesmo em combinação com outro, como é caso da marca "CONTIDRYER".

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002114-74.2001.4.03.6104/SP
2001.61.04.002114-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : MARIA VANDERCI DE FREITAS e outros
: MARTA MUNHOZ
: MARCOS ANTONIO HENRIQUE DE SOUZA
: PEDRO HABECHIAN NETO
: EDNA FERNANDA DE FREITAS
: ADRIANA MOREIRA COELHO
: ELIZABETE MARIA MENEZES BRAGA VILLELA
: ANA PAULA DE SOUZA PUSTIGLIONE
: MARCO ANTONIO DE MELLO ALVES
: LUIZ CARLOS ALVAREZ TIOYAMA
ADVOGADO : CARLOS CIBELLI RIOS e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR. DOCUMENTOS JUNTADOS APÓS A PROLAÇÃO DA DECISÃO - NÃO CABIMENTO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - ÔNUS DA PROVA - LAUDO QUE NÃO ABRANGE TODO O PERÍODO POSTULADO - CONDENAÇÃO APENAS A PARTIR DA PROVA TÉCNICA

Impossível conhecer os documentos juntados pelos apelantes com o recurso, posto que, na fase recursal, só é cabível a juntada de documentos novos, hipótese não vislumbrada nos autos, em que a documentação juntada pelos apelantes é pretérita ao ajuizamento da ação.

Nos termos do artigo 333, I, do CPC, compete aos autores provar que se ativavam em condições perigosas. Não abrangendo a prova residente nos autos período anterior, a condenação ao pagamento de adicional de periculosidade deve abranger apenas o período a partir da elaboração do laudo.

Recurso parcialmente provido para condenar a apelada ao pagamento de adicional no período compreendido entre a data do laudo e o início do pagamento administrativo.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de setembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal

00023 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0042644-41.2002.4.03.9999/SP
2002.03.99.042644-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : MARIDENI EMBALAGENS E ARTES GRAFICAS LTDA
ADVOGADO : MARCO AURELIO FERREIRA LISBOA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE DIADEMA SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 99.00.00455-3 A Vr DIADEMA/SP
EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. TAXA SELIC. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DO INSS PROVIDAS.

I - A Certidão de Dívida Ativa - CDA que embasa a execução fiscal aponta como índice de correção do saldo devedor, dentre outros, a Taxa Referencial do Sistema de Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, cuja aplicação é amplamente difundida pelos Tribunais do país. Liquidez, certeza e exigibilidade do título não afastadas.

II - Remessa oficial e apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0314403-11.1997.4.03.6102/SP

2001.03.99.032712-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : BASILAR ALIMENTOS LTDA

ADVOGADO : RODRIGO GIANNI CARNEY

APELADO : ANTONIO MARTINEZ FILHO -ME

ADVOGADO : VALTER MAXIMINO

APELADO : Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI

ADVOGADO : VANIA MARIA PACHECO LINDOSO

No. ORIG. : 97.03.14403-9 2 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO CIVIL: PRODUÇÃO DE PROVA. PRELIMINAR REJEITADA. USO COMUM. MARCA FRACA. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. NOTORIAMENTE CONHECIDA. ALTO RENOME. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I - Com relação à preliminar, argüida pela apelante, de cerceamento de defesa, deve ser rejeitada, uma vez que a necessidade de produção de prova pericial é dispensável nas ações cuja matéria versa exclusivamente sobre questão de direito.

II - Da análise das marcas "BASILAR" e "BASILLAR", identifica-se semelhança na ortografia e na fonética, no entanto, o fato de não estarem relacionadas ao mesmo ramo de atividade, não as incluem no dispositivo sobre o impedimento do registro de marcas, que possibilitem a confusão ou associação, por parte do consumidor, com outras já registradas, critérios estes entre os previstos no artigo 65, nº 17, da Lei 5.772/71 (Código da Propriedade Industrial então vigente à época dos registros em debate, revogada pela Lei 9.279/96).

III - Ressalte-se que é vedada a concessão das expressões de uso comum em caráter exclusivo, não cabendo sua apropriação tanto fonética quanto ortográfica a impedir outros registros, destacando-se a definição do termo 'basilar', cujo significado é corriqueiro, resultando em "marca fraca".

IV - Com efeito, tais evocativos, sendo de uso comum, não podem ser apropriados com exclusividade, com base na alegação de proteção do nome comercial, uma vez que as marcas em questão são de ramos de atividade diferentes, não induzindo o consumidor a adquirir produto da empresa apelada pensando tratar-se de produtos da empresa apelante.

V - Apesar de semelhantes/idênticas, as marcas litigantes distinguem produtos distintos, que segundo o Princípio da Especificidade (artigo 59 da Lei 5.772/71) podem conviver simultaneamente, não suscetíveis a risco de confusão entre seus produtos e concorrência desleal entre as empresas.

VI - Em outro giro, não procede a alegação de que "*a expressão "BASILAR" é de alto renome, notoriamente conhecida*", uma vez que o conceito de marca notoriamente conhecida não se confunde com marca de alto renome, ou seja, **marca notoriamente conhecida** é aquela que goza de proteção especial, independentemente de ter registro no Brasil em seu ramo de atividade e **marca de alto renome** tem proteção especial em todos os ramos de atividade desde que previamente registrada no Brasil e declarada pelo INPI.

VII - Por um lado, a conclusão lógica é no sentido de que se a marca "BASILAR" fosse **notoriamente conhecida**, o que não é o caso, sua proteção estaria restrita ao respectivo ramo de atividade, diferente do ramo de atividade da marca "BASILLAR"; e por outro, se fosse de **alto renome**, teria proteção em todos os ramos de atividade, não gozando, no entanto, de tal proteção uma vez que o conceito de marca de alto renome não foi declarado pelo INPI para a marca "BASILAR".

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022378-33.2002.4.03.9999/SP

2002.03.99.022378-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : RIOPEDRENSE S/A AGROPASTORIL
ADVOGADO : ANTONIO CIBRA DONATO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
INTERESSADO : LAGOA DOURADA S/A ALCOOL E DERIVADOS
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00.00.00000-6 1 Vr MATAO/SP

EMENTA

EMBARGOS DE TERCEIROS. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SOLIDARIEDADE. GRUPO ECONÔMICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

I - Não se discute que os acionistas da empresa executada são os mesmos da embargante. Entretanto, este foi o único elemento realmente comprovado nestes autos que serviu para indicar a formação de grupo econômico entre as duas empresas, o que se revela muito precário pra consolidação deste entendimento. Precedente: STJ, REsp 824667, Relator Ministro José Delgado.

II - Em nenhum momento restou provado de forma irrefutável que a empresa executada e a empresa embargante são responsáveis pelo controle uma da outra, tampouco que as atividades exercidas por ambas se correlacionam, o que afasta, pelo menos nestes autos, a solidariedade passiva da embargante com respeito aos débitos da executada Lagoa Dourada S/A Álcool e Derivados. Por tudo isso, a desconstituição da penhora no imóvel denominado Fazenda Bocaína de propriedade da embargante é medida que se impõe de rigor. Precedente da Colenda 2ª Turma desta Egrégia Corte: Agravo nº 2003.03.00.050355-0, Relator Juiz Federal convocado Valdeci dos Santos.

III - Apelação da embargante provida. Prejudicado o recurso adesivo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da embargante e julgar prejudicado o recurso adesivo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003340-48.1995.4.03.6000/MS

96.03.011105-8/MS

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARIA LUCIA PERRONI
APELADO : EMPRESA DE TRANSPORTES ATLAS LTDA
ADVOGADO : ORLANDO DE OLIVEIRA COSTA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE CAMPO GRANDE MS
No. ORIG. : 95.00.03340-2 4 Vr CAMPO GRANDE/MS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DE PERDIMENTO DE BENS. MERCADORIA ESTRANGEIRA. VALOR DO VEÍCULO UTILIZADO PARA TRANSPORTE. PARTICIPAÇÃO DA PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO NÃO DEMONSTRADA. TERCEIRO DE BOA-FÉ. VALOR DA MERCADORIA APREENDIDA. EVIDENTE DESPROPORÇÃO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL IMPROVIDAS.

I - O próprio condutor do veículo, em depoimento prestado à autoridade policial, isentou a impetrante - legítima proprietária do veículo - de qualquer responsabilidade no transporte da mercadoria estrangeira apreendida.

II - De se ver, ainda, que não há nos autos nenhuma prova capaz de demonstrar o conhecimento e a convivência da impetrante com relação ao ato praticado, o que a credencia como terceiro de boa-fé, nos termos do artigo 513, V, do Regulamento Aduaneiro, e da Súmula nº 138, do extinto TFR.

III - Em outro giro, é evidente a desproporção entre o valor do veículo apreendido e o valor somado das mercadorias transportadas, tese esta difundida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte.

IV - Deste modo, há que se reconhecer incabível a pena de perdimento em relação ao veículo de propriedade da impetrante.

V - Remessa oficial e apelação da União Federal improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018925-05.1993.4.03.6100/SP
2002.03.99.003644-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : ROBERTO CALDEIRA CAMERA

ADVOGADO : MARIA HELENA CHISNANDES e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : CAMILO DE LELLIS CAVALCANTI e outro

No. ORIG. : 93.00.18925-5 14 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO CIVIL.: CIVIL. LOTERIA DO CERTO E DO ERRADO. PUBLICIDADE ENGANOSA. INEXISTÊNCIA APELAÇÃO IMPROVIDA.

I - A partir da leitura e análise dos autos, ressalta-se que não foram apresentadas quaisquer argumentações que modifiquem o entendimento do Juízo *a quo*, uma vez demonstrado que a divulgação das regras do jogo foi veiculada na imprensa oficial, nos jornais de grande circulação, nas casas de aposta e nas propagandas televisivas, sendo descabido o argumento de que as propagandas não foram veiculadas todas num único bloco, a ensejar interpretação dúbia e a caracterizar propaganda enganosa, dispondo o apelante de vários meios de informação sobre tais regras.

II - Mister apontar que o fato de não constar no bilhete/cartão de apostas orientação precisa sobre o concurso não aproveita ao recorrente ante sua não obrigatoriedade.

III - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00028 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL Nº 0005025-80.2007.4.03.6126/SP
2007.61.26.005025-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ZORA YONARA M DOS SANTOS CARVALHO PALAZZIN e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 95/99
INTERESSADO : ANTONIA CATALAN SANDES MILANI
ADVOGADO : MARLI TOCCOLI e outro
PARTE RE' : BANCO UNIBANCO S/A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO LEGAL. FGTS. ÍNDICES APLICADOS ADMINISTRATIVAMENTE.

I - Da leitura da Súmula 252 do STJ verifica-se que, relativamente aos períodos de junho/87 e fevereiro/91, os índices aplicáveis são, respectivamente, a LBC e a TR nos percentuais de 18,02% e 7,00%.

II - A CEF foi condenada ao pagamento das diferenças verificadas e as parcelas concedidas administrativamente serão descontadas por ocasião da execução.

III - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00029 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL Nº 0001170-47.2007.4.03.6109/SP
2007.61.09.001170-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : MARISA SACILOTTO NERY

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 115/119

INTERESSADO : SANDRA OLIVA STEFANOVITZ

ADVOGADO : DARCI SILVEIRA CLETO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO LEGAL. FGTS. ÍNDICE APLICADO ADMINISTRATIVAMENTE.

I - Da leitura da Súmula 252 do STJ verifica-se que, relativamente ao período de fevereiro/91, o índice aplicável é a TR no percentual de 7,00%.

II - As parcelas concedidas administrativamente devem ser descontadas por ocasião da execução.

III - Embargos parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher em parte os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00030 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008245-09.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.008245-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.247/249
INTERESSADO : CIA ULTRAGAZ S/A
ADVOGADO : CELSO SIMOES VINHAS e outros
: CASSIANO BITTENCOURT SIQUEIRA
: ISMENIA EVELISE OLIVEIRA DE CASTRO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

PROCESSO CIVIL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES.

I - Ao manter a r. sentença concessiva da segurança, o v. acórdão embargado levou em consideração o pagamento do débito nos termos e valores informados pelo ente autárquico, que por si só era suficiente à expedição da certidão pleiteada, nos termos da lei de regência. Nesse ponto, seria irrelevante a apreciação dos argumentos invocados pela embargante como motivo suficiente a ensejar a reforma do **decisum**.

II - O que se verifica, no caso em questão, é a manifestação do inconformismo da embargante com a decisão que lhe trouxe resultado desfavorável, não se prestando o presente recurso para alterá-la, senão quando decorra de consequência lógica da observância do artigo 535, I e II, ou de construção jurisprudencial.

III - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00031 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027941-41.1997.4.03.6100/SP
1999.03.99.101886-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CELSO GONCALVES PINHEIRO e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 365/371
INTERESSADO : LEOSVALDO PALMITO DOS SANTOS e outro
: MANOEL DA LUZ MIRANDA
ADVOGADO : EDNA RODOLFO
INTERESSADO : MARCOS AURELIO BENTO
: MARIA DAS GRACAS PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : ADOLFO MIRA
PARTE AUTORA : JOSE ROBERTO BATISTA e outros
: JOSE RONALDO DA SILVA
: LUIZ CARLOS PEREIRA GARCIA
: LUIZ MOURA DE SIQUEIRA
: MANOEL ALEXANDRE DE ALMEIDA
: MANOEL OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : ADOLFO MIRA
No. ORIG. : 97.00.27941-3 1 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO.

I - Por exceção, confere-se efeito modificativo aos embargos declaratórios, quando manifesto o erro de julgamento ou quando houver erro material no exame dos autos.

II - A Lei nº 10555/02 autorizou a CEF a creditar em contas vinculadas específicas do FGTS, as expensas do próprio Fundo, os valores do complemento de atualização monetária de que trata o artigo 4º da LC 110/2001, cuja importância, em 10 de julho de 2001, seja igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

III - O recebimento, pelo trabalhador, do valor creditado em sua conta de FGTS por força do disposto na Lei 10555/02 caracteriza adesão à forma de cálculo estabelecida no art. 4º da LC 110/01, de modo que, havendo nos autos prova de que tal quantia já foi sacada pelo titular da conta, inexistente qualquer resíduo a ser pago ao trabalhador.

IV - Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027241-26.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.027241-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : JOSE ADAO FERNANDES LEITE e outro

APELADO : MARCO ANTONIO CAMPOS

ADVOGADO : PAULO CESAR CAMPANILI e outro

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 297 DO C. STJ. CHEQUES FURTADOS DENTRO DA AGÊNCIA BANCÁRIA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO CORRENTISTA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA LAVRADO TARDIAMENTE. DEVOLUÇÃO DOS CHEQUES POR ALÍNEA INCORRETA. PROTESTOS PELOS CREDORES. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS COMPROVADOS.

I - Nos termos da Súmula 297 do C. Superior Tribunal de Justiça, resta consolidado o entendimento de que *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."*

II - Em razão da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, e na hipótese de pedido de indenização decorrente do mau serviço prestado pelo banco, basta ao ofendido a demonstração do nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do banco e o resultado danoso, sendo suficiente prova de verossimilhança da ocorrência do dano. Caberá ao prestador de serviço a descaracterização do mau serviço, presumindo-se sua ocorrência, até prova em contrário.

III - *In casu*, o furto dos talonários dentro da agência bancária, por si só, enseja a responsabilidade civil objetiva pelos danos materiais e morais sofridos pelo correntista, sendo certo que a lavratura tardia de Boletim de Ocorrência, bem como a devolução de cheque pela alínea incorreta - 21 (contra-ordem ou sustação ao pagamento pelo emitente ou pelo portador) corroboram a aludida responsabilidade.

IV - Tivesse a instituição bancária procedido à devolução dos cheques pela alínea 28 (contra-ordem ou sustação ocasionado por furto ou roubo), os protestos e a inscrição do nome do recorrido no Cadastro de Inadimplentes não teriam ocorrido, conforme previsto nas Normas de Serviço - Cartórios Extrajudiciais - da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo - item 10.2, Seção III, Capítulo XV, Tomo II.

V - Agiu a CEF com desrespeito e violação às normas aplicáveis à espécie, ocasionando a devolução indevida de cheques e a injusta inclusão do nome do autor em cadastro de inadimplentes, devendo, por isso, ser mantida a condenação em danos materiais e morais. Precedentes: TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC 2004.38.01.001111-0, Rel. Juiz Federal Convocado PEDRO FRANCISCO DA SILVA, j. 16.11.2009, DJF1 29.01.2010; TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 2003.61.00.029369-8, Rel. Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI, j. 15.09.2009, DJF3 25.09.2009; e TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 2003.61.00.029369-8, Rel. Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI, j. 15.09.2009, DJF3 25.09.2009.

VI - Apelação não provida, mantida a r. sentença monocrática, nos termos constantes do voto.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000350-02.2001.4.03.6121/SP
2001.61.21.000350-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARCO CEZAR CAZALI e outro
APELADO : FLAVIO ALVES
ADVOGADO : MARIO SERGIO FERREIRA e outro

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 297 DO C. STJ. ERRO NA COMPENSAÇÃO. LANÇAMENTO DE VALOR SUPERIOR AO CONSTANTE DO CHEQUE. DEVOLUÇÃO INDEVIDA. INCLUSÃO EM CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDO. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANOS MORAIS COMPROVADOS. SÚMULA 388 DO C. STJ.

I - Nos termos da Súmula 297 do C. Superior Tribunal de Justiça, resta consolidado o entendimento de que "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*"

II - Em razão da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, e na hipótese de pedido de indenização decorrente do mau serviço prestado pelo banco, basta ao ofendido a demonstração do nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do banco e o resultado danoso, sendo suficiente prova de verossimilhança da ocorrência do dano. Caberá ao prestador de serviço a descaracterização do mau serviço, presumindo-se sua ocorrência, até prova em contrário.

III - Comprovado pelo autor a emissão de cheque no valor de R\$ 82,62, e a existência de fundos em conta corrente, à época da emissão, para pagamento do aludido título, compensado, no entanto, em valor diverso e superior ao da emissão - R\$ 92,62, ensejando a sua devolução.

IV - Em razão disso, a instituição bancária efetuou cobrança de taxas decorrentes da devolução do cheque, fazendo com que, em efeito cascata, outros cheques emitidos fossem devolvidos por falta de provisão de fundos, apesar da realização de depósitos por parte do recorrido para cobertura e pagamento dos aludidos títulos.

V - A responsabilidade por equívocos nos lançamentos em conta corrente do recorrido, bem como os prejuízos deles advindos, é da Caixa Econômica Federal, instituição bancária de quem o autor é cliente, e com quem mantém relação de consumo, ainda que a compensação do cheque em valor diverso e superior tenha sido feita pelo Banco Bradesco S/A.

VI - Restou evidenciada a devolução indevida de cheques e a injusta inclusão do nome do autor em cadastro de inadimplentes, devendo, por isso, ser mantida a condenação em danos morais. Precedentes: Súmula 388 do C. STJ, e TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 2001.61.04.004905-4, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, j. 15.07.2008, DJF3 24.07.2008.

VII - Apelação não provida, mantida a r. sentença monocrática, nos termos constantes do voto.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000035-23.2000.4.03.6116/SP
2000.61.16.000035-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : PAULO PEREIRA RODRIGUES e outro
APELADO : WEDSON ANTONIO MONTEIRO

ADVOGADO : EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE e outro

EMENTA

DIREITO CIVIL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE NEGATIVAÇÃO NA SERASA. INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE MÚTUO. PROTESTO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PAGAMENTO EM DATA POSTERIOR . BAIXA DO PROTESTO E EXCLUSÃO DA ANOTAÇÃO: ÔNUS DO DEVEDOR/AUTOR. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. APELAÇÃO PROVIDA.

I - Trata-se de ação objetivando reparação por danos morais, tendo em vista a manutenção de inscrição junto à SERASA, apesar da quitação da dívida ensejadora da aludida anotação.

II - *In casu*, restou comprovado pela CEF a inadimplência de contrato de mútuo pelo autor, justificando e autorizando, portanto, o protesto do título, e inscrição no cadastro de inadimplentes, em exercício regular de direito, e que o pagamento apresentado pelo autor foi realizado em data posterior.

III - Não há como acolher o pedido de danos morais pleiteados pelo apelado, pois caberia a ele, devedor interessado, após a quitação do débito junto à instituição bancária, as providências necessárias para baixa do título, mediante a apresentação de carta de anuência do credor, ou a apresentação do original do título protestado quitação, e a consequente exclusão de seu nome junto aos Cadastros de Inadimplentes, conforme dispõe a Lei Lei nº 9.492/97, artigos 19, §§ 1º e 2º, e 26, § 1º. Precedentes: STJ, AgRg no Ag 768.161/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 09/03/2009; REsp 880.199/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 12/11/2007; e TRF 3ª Região, AC 2004.61.13.001471-6/SP, 2ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN, j. 25.08.2009, DJF3 04.09.2009.

IV - Apelação provida, reformada a r. sentença monocrática, nos termos constantes do voto.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007822-97.2004.4.03.6105/SP
2004.61.05.007822-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : RICARDO VALENTIM NASSA e outro

APELADO : GUSTAVO OZIRES FEDEL

ADVOGADO : WILSON CESCA e outro

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 297 DO C. STJ. PEDIDO EXPRESSO DE ENCERRAMENTO DE CONTA CORRENTE PELO CLIENTE. QUITAÇÃO DE DÉBITOS PENDENTES. POSTERIOR COBRANÇA DE DÉBITOS LANÇADOS APÓS O PEDIDO DE CANCELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO INDEVIDA NA SERASA. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO.

I - Nos termos da Súmula 297 do C. Superior Tribunal de Justiça, resta consolidado o entendimento de que "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*"

II - Em razão da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, e na hipótese de pedido de indenização decorrente do mau serviço prestado pelo banco, basta ao ofendido a demonstração do nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do banco e o resultado danoso, sendo suficiente prova de verossimilhança da ocorrência do dano. Caberá ao prestador de serviço a descaracterização do mau serviço, presumindo-se sua ocorrência, até prova em contrário.

III - *In casu*, o autor comprovou a apresentação de pedido expresso para encerramento de sua conta corrente junto à instituição bancária em junho de 2002, com pagamento de todos os débitos pendentes, conforme orientação do Gerente de sua agência, e mantendo, inclusive, pequeno saldo credor, tomando, assim, todas as cautelas para o regular encerramento da relação bancária,

IV - Apesar disso a instituição bancária não procedeu ao fechamento da conta corrente, alegando a existência de débitos em aberto, sem aviso ao autor, continuando a lançar os encargos contratuais até o excesso de limite, e apenas em abril

de 2004, remeteu aviso ao apelado, solicitando seu comparecimento à agência, que não reconheceu o aludido débito, e que ensejou a inscrição indevida junto à SERASA.

V - Comprovado o mau serviço prestado pela entidade bancária, devida indenização pelos danos morais sofridos pelo correntista. Precedente do STJ: (STJ, REsp 786.239/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 13/05/2009)

VI - Apelação não provida, mantida a r. sentença monocrática, nos termos constantes do voto.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00036 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL Nº 0008784-02.1999.4.03.6104/SP
1999.61.04.008784-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : DANIEL ALVES FERREIRA e outro

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 375/378

INTERESSADO : LAUDELINO TEIXEIRA PINTO e outros

: MAURO BORGETH

: JELSON SOUZA LEAO

ADVOGADO : ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE e outro

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INADEQUADO PARA SE OBTER MODIFICAÇÃO DO JULGADO EMBARGADO.

I - Os Embargos de Declaração não constituem recurso adequado para a modificação de Acórdão.

II - Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00037 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001174-96.2003.4.03.6118/SP
2003.61.18.001174-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : MARIO SERGIO TOGNOLO e outro

APELADO : ANNA MARIA DA SILVA (= ou > de 65 anos)

ADVOGADO : SUELI APARECIDA SILVA CABRAL e outro

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. SAQUES INDEVIDOS EM CONTA POUPANÇA. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE DE PROVA DO EFETIVO PREJUÍZO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- I. Trata-se de ação ordinária proposta em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, objetivando indenização por danos materiais e por danos morais, tendo em vista a realização de saques indevidos em conta poupança.
- II. A jurisprudência desta Corte Regional, bem como do C. Superior Tribunal de Justiça, tendem a adotar o entendimento de que a inversão do ônus da prova, insculpida no artigo 6º, inciso VIII, do CDC é regra de julgamento, sem qualquer ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes: TRF 3ª Região, AC 2003.61.00.027625-1, 2ª Turma, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, j. 05.05.2009, DJ 21.05.2009; e STJ, REsp 727.843/SP, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 15.12.2005, DJ 01.02.2006.
- III. Não há como afastar a responsabilidade da CEF em indenizar a autora pelos saques realizados indevidamente em sua conta poupança, eis que é prestadora de serviços bancários e responde, objetivamente, pelos danos infligidos aos consumidores, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal aplicável aos contratos bancários, assim considerado o ajuste *sub judice*, o Código de Defesa do Consumidor, questão pacificada em nossa jurisprudência com a edição da Súmula 297 pelo C. Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJ de 09.09.2004, *in verbis*: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."
- IV. Caracterizada a relação de consumo, torna-se irrelevante a apuração da culpa do agente financeiro, ante a presunção imposta pelo artigo 14 do CDC, bastando para tanto ficar demonstrado o dano e o nexos causal, cabendo o ônus da prova da inocorrência do dano à Caixa Econômica Federal - CEF, posto que a parte contrária é hipossuficiente em face da empresa pública, o que, na hipótese, não ocorreu, conforme restou demonstrado. Precedente: TRF 3ª Região, AC 2004.61.00.012425-0, 2ª Turma, Rel. Des. Federal COTRIM GUIMARÃES, j. 20.10.2009, DJ 29.10.2009.
- V. Na hipótese de realização de saques indevidos em conta corrente, a instituição bancária é responsável pelo pagamento de indenização a título de danos morais independentemente da prova do efetivo prejuízo, bastando a comprovação do evento danoso. Precedentes: STJ, REsp 835.531/MG, 3ª Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 07.02.2008, DJ 27.02.2008; TRF 3ª Região, AC 2003.61.13.003370-6, 2ª Turma, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, j. 06.03.2007, DJ 16.03.2007.
- VI. Apelação improvida, mantida a r. sentença monocrática, nos termos constantes do voto.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00038 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0051423-09.2002.4.03.0000/SP

2002.03.00.051423-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : INDAL IND/ DE ACOS LAMINADOS LTDA
ADVOGADO : EDISON FREITAS DE SIQUEIRA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 2002.61.82.009976-2 9F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 585, § 1º, DO CPC. SÚMULA Nº 112, DO E. STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

I - A propositura por parte da empresa executada das ações declaratória e de consignação em pagamento, desacompanhadas da comprovação de depósito integral e em dinheiro do montante devido, não são suficientes para suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, por conseguinte, da execução fiscal. Inteligência do artigo 585, § 1º, do Código de Processo Civil e da Súmula nº 112, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00039 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0096077-76.2005.4.03.0000/SP
2005.03.00.096077-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : MUNICIPIO DE TAUBATE
ADVOGADO : SIMONE BINOTTO PAIVA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
PARTE RE' : NOVA COML/ E INSTALADORA LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 97.15.06774-3 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE RETROCESSÃO. DISCUSSÃO. PENHORA. AGUARDO DA DECISÃO NA AÇÃO DE REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

I - Os imóveis penhorados nos autos da execução fiscal proposta em face de Nova Comercial e Instaladora Ltda foram incorporados ao patrimônio da empresa executada por meio de escritura de doação onerosa com cláusula de retrocessão passada pelo Município de Taubaté, onde constou expressamente a obrigação da donatária de construir um conjunto habitacional no terreno doado.

II - Diante do não cumprimento da cláusula obrigacional estipulada na escritura de doação, o Município de Taubaté propôs ação de revogação de doação por descumprimento de encargo contra a Nova Comercial e Instaladora Ltda, cuja antecipação dos efeitos da tutela pleiteada com vistas a obter a reintegração de posse da municipalidade foi deferida por decisão unânime da 12ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 432.905-5/4).

III - Por conta da decisão acima referida, verifica-se presente a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação se permitido o prosseguimento da execução fiscal movida em face da empresa Nova Comercial e Instaladora Ltda com a realização do leilão dos bens penhorados, haja vista que a questão da posse e da propriedade dos imóveis discutida na ação de revogação de doação por descumprimento de encargo proposta pelo Município de Taubaté é ponto determinante para aferição da real possibilidade de expropriação dos bens dados em garantia.

IV - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00040 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007295-64.2003.4.03.0000/SP
2003.03.00.007295-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : LAGOA DOURADA S/A ALCOOL E DERIVADOS
ADVOGADO : PAULO CHECOLI
AGRAVADO : DONATO MIORI e outro
: OSWALDO MIORI
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE MATAO SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 93.00.00007-7 1 Vr MATAO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIROS JULGADOS PROCEDENTES. PENHORA DESCONSTITUÍDA. LEILÃO CANCELADO. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Nesta mesma data, a Colenda 2ª Turma, por votação unânime, deu provimento à apelação cível nº 0022378-33.2002.4.03.9999, para desconstituir a penhora realizada sobre o imóvel que seria levado a leilão nos autos da execução fiscal proposta em face de Lagoa Dourada S/A Álcool e Derivados, o que significa dizer que a praça efetivamente não deve ser realizada, devendo o feito executivo prosseguir sem esta garantia.

II - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00041 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018409-87.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.018409-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CAMILA MODENA
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 251
PARTE AUTORA : JOELMA SANTOS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : GERSON LIMA DUARTE
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2009.61.00.010086-2 16 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO DO RELATOR QUE JULGOU PREJUDICADO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RAZÃO DE TER SIDO PROLATADA SENTENÇA NA AÇÃO ORIGINÁRIA. ALEGAÇÃO DE SUBSISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - A decisão impugnada no presente agravo de instrumento - decisão interlocutória que concedeu os efeitos da tutela requerida pela agravada - é provisória e foi substituída pela sentença que julgou o feito originário, decisão esta definitiva.

II - Assim, não subsiste o interesse recursal da agravante em relação ao agravo de instrumento, posto que a matéria neste último tratada - antecipação dos efeitos da tutela - já foi definitivamente julgada, passando a ser impugnável, pois, por outro meio processual, o que autoriza o julgamento monocrático levado a efeito.

III - Eventual inconformismo em relação à decisão que versa sobre os efeitos em que recebidas as apelações interpostas deve ser manifestado em via própria.

IV - Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00042 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027733-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027733-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : LUIZ ANTONIO LABRUNA
ADVOGADO : MARIA LUCIA DUTRA RODRIGUES PEREIRA e outro

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 39/40
PARTE RÉ : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00163226020104036100 2 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. VALOR DA CAUSA INDICADO NA INICIAL PRESUMIDO COMO CORRESPONDENTE AO PROVEITO ECONÔMICO BUSCADO. VALOR INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. REMESSA PARA OS JUIZADOS ESPECIAIS.

I - Não tendo o autor condições de precisar o valor da causa, por não possuir a documentação necessária a tanto, cabe a ele, ao menos, estimar o valor do proveito econômico que pretende com o ajuizamento da demanda. Não há, portanto, como se admitir que a parte possa atribuir à causa valor provisório, ainda que requeira, com base no artigo 355 do CPC, que a outra exhiba documentos.

II - Considerando ainda que, ao menos num primeiro momento, o agravante e seu patrono possuem melhores condições que o juiz para estimar o valor da causa, deve-se presumir que o valor consignado na inicial corresponde ao proveito econômico por ele buscado, não cabendo ao magistrado presumir o contrário.

III - Tendo o próprio agravante atribuído à causa o valor de R\$1.000,00, inferior a sessenta salários mínimos, conclui-se que a competência para apreciar a lide é dos Juizados Especiais.

IV - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00043 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026536-77.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.026536-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 221/225
PARTE AUTORA : VOTORANTIM INDL/ S/A e outro
ADVOGADO : CARLA DE LOURDES GONCALVES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00125127720104036100 3 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE DOENÇA. ABONO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - Os valores pagos nos 15 dias que antecedem o gozo de benefício previdenciário (auxílio-doença ou auxílio-doença acidentário) não encerram caráter salarial, portanto sobre eles não há de se exigir contribuição social.

IV - As contribuições previdenciárias não devem incidir, também, sobre o abono de férias, pois referida verba não se destina a remunerar qualquer serviço prestado pelo empregado ao empregador, mas sim a indenizar a não fruição de férias por parte do empregado que opta, na forma do artigo 143 da CLT, por gozar tal direito em pecúnia.

V - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não incide contribuição sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros quinze dias, e sobre o abono de férias, visto que estes

valores não configuram contraprestação de trabalho e não se tratam de verbas salariais. Neste sentido são os julgados do C. STJ (REsp 768.255/RS, DJ de 16.05.2006), (REsp 762.491/RS, DJ de 07.11.2005) e (EDcl no REsp nº 434471/MG, DJ 14.06.2006)

VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00044 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028721-88.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.028721-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 163/165
PARTE AUTORA : TRANSPORTADORA SIMECAR LTDA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SOROCABA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00081422520104036110 1 Vr SOROCABA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CARÁTER INDENIZATÓRIO.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - O agravo de instrumento não merece provimento, uma vez que os requisitos para a concessão da tutela de urgência estão presentes na hipótese dos autos.

IV - As alegações da parte agravada são razoáveis. Os valores pagos a título de aviso prévio encerram natureza indenizatória e sobre eles não incide contribuição previdenciária.

V - O art. 214, § 9º, inciso V, alínea "f", do Decreto 3048/99 não contemplava hipótese de contribuição quanto aos valores pagos a título de aviso prévio indenizado. Assim, a revogação do art. 214, § 9º, inciso V, alínea "f", do Decreto 3048/99, pelo Decreto 6727/09 não resulta, neste exame inicial, na exigibilidade de contribuição social, vez que a revogação deste dispositivo do Decreto 3048/99 não tem o condão de criar obrigação tributária, *ex vi* do disposto no art. 150, I, da Lei Maior. Neste sentido é o entendimento do C. STJ conforme julgado Recurso Especial: 973436, Proc. 200701656323/SC, DJ 25.02.2008, da E. 1ª Turma.

VI - Presente a razoabilidade da argumentação, bem assim o perigo de demora - na medida em que a não concessão da tutela e conseqüente pagamento do tributo remeteriam os contribuintes à penosa via da repetição do indébito -, viável a concessão da tutela de urgência.

VII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00045 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026354-91.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.026354-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : MONDI ARTIGOS DO LAR LTDA e outros
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 215/216
PARTE AUTORA : HANS JURGEN BOHM
PARTE AUTORA : CARMEN MARIA BOHM
ADVOGADO : ALVARO TREVISIOLI
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00014292220044036182 10F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE RECURSAL DA PESSOA JURÍDICA PARA PLEITEAR A EXCLUSÃO DE SEUS SÓCIOS DO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL.

I - A agravante - pessoa jurídica - não tem legitimidade para, em nome próprio, requerer a exclusão do polo passivo da execução fiscal de seus sócios, em função do quanto estabelecido no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Precedentes.

II - Agravo legal não conhecido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00046 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025324-21.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.025324-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : NOVA GERACAO VEICULOS LTDA
ADVOGADO : EVANDRO BEZERRA e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 262/263
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00060984520064036119 3 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TRÂNSITO EM JULGADO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - O MM. Juízo de primeiro grau proferiu sentença julgando improcedentes os embargos à execução opostos pela ora agravante, condenando-a ao pagamento de honorários de sucumbência, extinguindo assim o feito com resolução do mérito.

IV - Após referida decisão de 14.09.2009, publicada em 27.11.2009, a agravante atravessou petição renunciando o direito a defender-se da pretensão executiva e requereu a extinção do processo com julgamento do mérito.

V - Considerando que o processo já tinha sido sentenciado e extinto antes da agravante formular o pedido de extinção do processo, forçoso é concluir que este realmente afigurava-se prejudicado, posto que o MM Juízo de primeiro grau, ao sentenciar o feito, exauriu a sua prestação jurisdicional, sendo certo que o pedido da agravante não se insere em uma das poucas hipóteses previstas no artigo 463 do CPC em que se permite que o juiz altere a sentença já proferida.

VI - Não há, por outro lado, como se afastar a execução dos honorários advocatícios, posto que a respectiva condenação foi fixada na sentença transitada em julgado, de modo que as pretensões da agravante, no particular, colidem com a coisa julgada formada nos autos, não podendo, portanto, ser acolhidas, conforme se infere de jurisprudência desta Corte nos julgados AC 833563, da C. Sexta Turma, e AC 944421, da C. Quarta Turma.

VII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00047 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029218-05.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.029218-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 219/221
PARTE AUTORA : TRANSPORTES 1001 LTDA
ADVOGADO : ANDREA SALETTE DE PAULA ARBEX XAVIER e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05746017219834036182 8F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR DÍVIDA DO FGTS - INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 353 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 135 DO CTN C/C O ARTIGO 4º, §2º DA LEI 6.830/80.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito trabalhista conferido aos empregados em substituição à estabilidade decenal anteriormente prevista na legislação laboral. Não se trata de verba de natureza tributária, razão pela qual não se lhe aplica as disposições do CTN - Código Tributário Nacional. Essa, inclusive, é a determinação da Súmula 353 do C. STJ.

IV - Não há como se responsabilizar os sócios, por tais razões, com base no artigo 135 do CTN c/c o artigo 4º, §2º da Lei 6.830/80, pelo não recolhimento do FGTS.

V - Importa observar que os sócios só podem ser responsabilizados pelo não recolhimento do FGTS quando presentes os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica, o que não se verifica diante do mero inadimplemento da obrigação legal, mas apenas quando ocorre o abuso da personalidade jurídica - desvio de finalidade ou confusão patrimonial -, nos termos da legislação aplicável a cada espécie societária, ou no caso de dissolução irregular.

VI - É pacífica a impossibilidade de responsabilização dos sócios pelo mero inadimplemento da obrigação de recolher o FGTS - o que pode ocorrer por fatores alheios a sua vontade -, exigindo-se, para tanto, a configuração de uma conduta

reprovável de sua parte (desvio de finalidade, confusão patrimonial, dissolução irregular). Neste sentido é a jurisprudência do C. STJ, conforme julgados AgREsp 200900850354 e REsp 200301353248, Segunda Turma, e desta Corte, AI 200903000386948 e AC 200203990206434, Segunda Turma.

VII - No caso dos autos, a agravante não provou que os agravados tenham praticado qualquer ato que justifique a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo de se frisar que, conforme demonstrado, o mero inadimplemento da obrigação de recolher o FGTS não se presta a tanto, não havendo como se reconhecer a responsabilidade buscada.

VIII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00048 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028447-27.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.028447-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 204/206
PARTE AUTORA : DECORACOES MONJOLO LTDA
ENTIDADE : INSS/CEF
PARTE RE' : HERMINIA BORBA CRUZ
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 04714693319824036182 8F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR DÍVIDA DO FGTS - INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 353 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 135 DO CTN C/C O ARTIGO 4º, §2º DA LEI 6.830/80.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito trabalhista conferido aos empregados em substituição à estabilidade decenal anteriormente prevista na legislação laboral. Não se trata de verba de natureza tributária, razão pela qual não se lhe aplica as disposições do CTN - Código Tributário Nacional. Essa, inclusive, é a determinação da Súmula 353 do C. STJ.

IV - Não há como se responsabilizar os sócios, por tais razões, com base no artigo 135 do CTN c/c o artigo 4º, §2º da Lei 6.830/80, pelo não recolhimento do FGTS.

V - Importa observar que os sócios só podem ser responsabilizados pelo não recolhimento do FGTS quando presentes os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica, o que não se verifica diante do mero inadimplemento da obrigação legal, mas apenas quando ocorre o abuso da personalidade jurídica - desvio de finalidade ou confusão patrimonial -, nos termos da legislação aplicável a cada espécie societária, ou no caso de dissolução irregular.

VI - É pacífica a impossibilidade de responsabilização dos sócios pelo mero inadimplemento da obrigação de recolher o FGTS - o que pode ocorrer por fatores alheios a sua vontade -, exigindo-se, para tanto, a configuração de uma conduta reprovável de sua parte (desvio de finalidade, confusão patrimonial, dissolução irregular). Neste sentido é a jurisprudência do C. STJ, conforme julgados AgREsp 200900850354 e REsp 200301353248, Segunda Turma, e desta Corte, AI 200903000386948 e AC 200203990206434, Segunda Turma.

VII - No caso dos autos, a agravante não provou que os agravados ou seu genitor tenham praticado qualquer ato que justifique a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo de se frisar que, conforme

demonstrado, o mero inadimplemento da obrigação de recolher o FGTS não se presta a tanto, não havendo como se reconhecer a responsabilidade buscada.

VIII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00049 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025026-29.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.025026-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 301/303
PARTE AUTORA : CAMARGO CORREA DESENVOLVIMENTO IMOBILIARIO S/A
ADVOGADO : OCTAVIO DE PAULA SANTOS NETO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00121758820104036100 12 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE DOENÇA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - Os valores pagos nos 15 dias que antecedem o gozo de benefício previdenciário (auxílio-doença ou auxílio-doença acidentário) não encerram caráter salarial, portanto sobre eles não há de se exigir contribuição social.

IV - O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não incide contribuição sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros quinze dias, visto que não configura contraprestação de trabalho e não se trata de verba salarial. Neste sentido são os julgados do C. STJ (REsp 768.255/RS, DJ de 16/05/2006) e (REsp 762.491/RS, DJ de 07/11/2005).

V - O terço constitucional de férias tem conteúdo indenizatório, portanto sobre ele não incide contribuição previdenciária. Importante observar que referida parcela não se incorpora aos salários dos trabalhadores para fins de aposentadoria, de sorte que a regra da contrapartida, prevista no artigo 195, §5º da Constituição Federal e de observância obrigatória, para fins de custeio previdenciário, não fica atendida. Neste sentido é válido mencionar ementa do C. STJ de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, que reconheceu a natureza indenizatória do terço constitucional de férias (Pet 7296/PE - Petição 2009/0096173-6 - DJe 10.11.09, 1ª Seção).

VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00050 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029596-58.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.029596-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : YOLANDA FORTES Y ZABALETA
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 87/88
PARTE AUTORA : ANTONIO HUMBERTO LOURENSON JUNIOR
ADVOGADO : WALDIR MAZZEI DE CARVALHO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00185994920104036100 19 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. FGTS. LEVANTAMENTO VALOR NA CONTA VINCULADA. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - A decisão recorrida está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, estando presentes os requisitos necessários para a concessão da liminar, razão pela qual é de se negar seguimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos do artigo 527, I c/c o artigo 557, caput, ambos do CPC.

IV - Afasta-se, em primeiro lugar, a alegação de ilegitimidade do agravado. Sendo este árbitro e tendo as suas sentenças rejeitadas pela agravante, exsurge o seu interesse e legitimidade para impetrar o *writ*.

V - A alegação de ausência de ato coator não prospera porque a interposição do presente agravo revela que a agravante não aceita as decisões arbitrais proferidas pelo agravado, sendo este o ato por ele reputado como violador do seu direito líquido e certo a autorizar a impetração do mandado de segurança.

VI - Convém observar, no que tange ao mérito, que a argumentação do agravado é razoável. Os direitos trabalhistas não são em sua integralidade indisponíveis, de modo que a arbitragem se faz possível na seara laboral. Acresça-se que no caso de levantamento dos valores depositados na conta do FGTS, o trabalhador nada transaciona, apenas usufrui o seu direito.

VII - A rescisão contratual laboral pode ser reconhecida por sentença arbitral, a qual, nos termos legais, produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, não cabendo à CEF questionar a legalidade ou não de tal ato, devendo, antes, aceitar como havida a despedida por ela homologada, uma vez que a decisão arbitral, até que anulada, é válida e eficaz.

VIII - Levando-se em conta que a sentença arbitral é meio hábil a documentar a despedida sem justa causa e sendo esta prevista como uma das hipóteses autorizadoras da movimentação da conta vinculada ao FGTS (art. 20, I, da Lei n. 8.036/90), há de se concluir que a sentença arbitral que reconhece tal modalidade de despedida serve para autorizar a movimentação do FGTS, não podendo a agravante recusá-la.

IX - A argumentação do agravado é razoável, estando, pois, atendido este requisito para a concessão da liminar.

X - A não concessão da liminar esvaziaria as atividades do agravado, na medida em que suas decisões não produziram os seus regulares efeitos jurídicos, de modo a configurar, também, a urgência da demanda.

XI - Exsurge cristalino que o agravado atende aos requisitos para ver deferida a liminar pretendida, de modo que a decisão agravada não merece qualquer retoque estando em sintonia com a jurisprudência desta Corte (julgados AI 383241, Segunda Turma, e AMS 308666, proc. 2008.61.00.009701-9, Segunda Turma) e do C. STJ (julgado REsp 662485, proc. 2004/0070062-0, Segunda Turma).

XII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00051 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0085285-63.2005.4.03.0000/SP
2005.03.00.085285-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 35/36
PARTE AUTORA : ROBERTO SCARANO
ADVOGADO : CLAUDETE ARAUJO PEREIRA
PARTE RE' : COLUMBIA SERVICOS GERAIS S/C LTDA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 2004.61.82.063081-6 10F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. ART. 1003 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGOR EM JAN/2003 E ART. 2044. INÍCIO DE VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL - LEI 10.406/02. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DÉBITO. INADIMPLENTO DE CONTRIBUIÇÕES DOS SALÁRIOS DOS EMPREGADOS. ART. 20, DA LEI 8.212/91, REDAÇÃO DA LEI 9.032/95.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - O art. 1003, do Código Civil porta a seguinte redação: "A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio".

IV - Este dispositivo só entrou em vigor em janeiro de 2003, por força do art. 2044, do mesmo diploma legal, que fixou o prazo de 1 (um) ano para o início de vigência do Novo Código Civil - Lei 10.406/02.

V - A exceção de pré-executividade pode ser conhecida pelo Magistrado, a qualquer tempo, e visa ao reconhecimento de ocorrência de vício insanável concernente aos pressupostos processuais e condições da ação, notadamente os atinentes ao processo de execução. Tal exceção encontra fundamento no art. 618, do CPC.

VI - Vícios insanáveis que resultem em mácula aos pressupostos processuais, às condições da ação - matérias de ordem pública - podem ser objeto desta exceção, importando em nulidade do processo ou carência da ação.

VII - A Fazenda Pública não pode escolher, por simples preferência, o pólo passivo da demanda. A empresa permanece como responsável pela obrigação ou débito perante o fisco, e responderá, se necessário, até com a totalidade de seu patrimônio.

VIII - Os sócios, neste diapasão, respondem com seu patrimônio pessoal de forma subsidiária, seja qual for o tipo societário, se não houver patrimônio suficiente da sociedade para responder pelos débitos, ante a ocorrência de atos tendentes a fraudar os credores ou a própria execução, os quais devem resultar na desconsideração da pessoa jurídica.

IX - Há de se considerar que a responsabilidade direta dos sócios pelos débitos da sociedade só ocorre caso a sociedade seja irregular ou por atos praticados com infração à lei ou com excesso de poderes, nos termos do artigo 135, do CTN.

X - Verifica-se da análise dos autos, porém, que o débito exequendo originou-se também no inadimplemento de contribuições decorrentes dos salários dos empregados, nos termos do art. 20, da Lei 8212/91, com a redação da Lei 9032/95, o que resulta em infração à lei, nos termos do art. 135, III, da Lei Tributária, com responsabilidade solidária, e, em tese, caracterizando até ilícito penal.

XI - Nenhum reparo merece a decisão agravada que corretamente limitou a responsabilidade do agravado ao período de 01/2000 a 22/05/2002; época em que foi sócio da empresa.

XII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00052 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0061912-71.2003.4.03.0000/SP
2003.03.00.061912-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : HOSPITAL ALEMAO OSWALDO CRUZ
ADVOGADO : AFFONSO CAFARO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 137/138
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : NILTON CICERO DE VASCONCELOS
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 98.05.21590-3 6F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS IMPROVIDOS. PENDÊNCIA DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO DEFINITIVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - A execução fiscal fundada em título executivo extrajudicial (certidão da dívida ativa) é definitiva, ainda que pendente de julgamento o recurso interposto contra sentença que julgou improcedentes os embargos opostos pelo devedor. Neste mesmo sentido, a Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça: "*É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos*".

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00053 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0008040-10.2004.4.03.0000/SP
2004.03.00.008040-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 57/58
PARTE AUTORA : PICONI SERVICOS E PECAS LTDA
ADVOGADO : ROBERTO GEISTS BALDACCI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 1999.61.82.029508-2 6F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. ARTIGO 620 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

- I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.
- II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.
- III - A penhora sobre faturamento encontra amparo legal sempre com ressalvas quanto à sua excepcionalidade. Há de ser deferida apenas como substituição da penhora sobre bens considerados insuficientes ou de difícil liquidez, desde que cumpridas todas as formalidades legais.
- IV - Colhe-se da minuta do agravo que, de um lado, o agravante mostra-se receptivo à nomeação de outros bens de seu ativo ante o insucesso do praxeamento dos bens que primeiramente foram penhorados e, aduza-se, aceitos pelo exequente INSS e, por outro lado, que não houve a expedição de mandado para a penhora de outros bens.
- V - A penhora sobre o faturamento deve ocorrer quando não existir outra forma de garantia do Juízo, isto é, quando não houver bens passíveis de penhora ou quando os oferecidos forem insuficientes para o pagamento do débito exequendo.
- VI - O artigo 620 do Código de Processo Civil consagra o princípio de que a execução deve ser procedida de forma menos gravosa para o devedor. Na linha da jurisprudência firmada no Colendo STJ, a penhora sobre o faturamento da empresa somente é admissível em hipóteses excepcionais, quando não há outros meios para a garantia da dívida, devendo a execução ser realizada da forma menos gravosa para o devedor.
- VII - Posto isto, sendo suspensa a penhora sobre o faturamento, é facultado ao INSS o prosseguimento da execução com a penhora de outros bens.
- VIII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00054 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0057025-44.2003.4.03.0000/SP
2003.03.00.057025-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 75/76
PARTE AUTORA : RV MANIPULACOES ESPECIAIS LTDA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO FERNANDES
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE GARCA SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 03.00.00010-2 1 Vr GARCA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. ARTIGO 620 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

- I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.
- II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.
- III - A penhora sobre faturamento encontra amparo legal sempre com ressalvas quanto à sua excepcionalidade. Há de ser deferida apenas como substituição da penhora sobre bens considerados insuficientes ou de difícil liquidez, desde que cumpridas todas as formalidades legais.
- IV - A empresa alega que aderiu ao Programa de Recuperação Fiscal Federal - PAES, bem como sustenta que possui outros bens passíveis de penhora.
- V - A penhora sobre o faturamento deve ocorrer quando não existir outra forma de garantia do Juízo, isto é, quando não houver bens passíveis de penhora ou quando os oferecidos forem insuficientes para o pagamento do débito exequendo.

VI - O artigo 620 do Código de Processo Civil consagra o princípio de que a execução deve ser procedida de forma menos gravosa para o devedor. Na linha da jurisprudência firmada no Colendo STJ, a penhora sobre o faturamento da empresa somente é admissível em hipóteses excepcionais, quando não há outros meios para a garantia da dívida, devendo a execução ser realizada da forma menos gravosa para o devedor.

VII - Posto isto, sendo suspensa a penhora sobre o faturamento, é facultado ao INSS o prosseguimento da execução com a penhora de outros bens.

VIII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00055 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026156-54.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.026156-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 271/273
PARTE AUTORA : EMPRESA NACIONAL DE TRANSPORTES LTDA e outros
AGRAVADO : NAGIB MATTE MERHEJ espolio
ADVOGADO : FABIO EDUARDO BERTI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05071927919834036182 7F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR DÍVIDA DO FGTS - INCIDÊNCIA DO VERBETE DA SÚMULA 353 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 135 DO CTN C/C O ARTIGO 4º, §2º DA LEI 6.830/80.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito trabalhista conferido aos empregados em substituição à estabilidade decenal anteriormente prevista na legislação laboral. Não se trata de verba de natureza tributária, razão pela qual não se lhe aplica as disposições do CTN - Código Tributário Nacional. Essa, inclusive, é a determinação da Súmula 353 do C. STJ.

IV - Não há como se responsabilizar os sócios, por tais razões, com base no artigo 135 do CTN c/c o artigo 4º, §2º da Lei 6.830/80, pelo não recolhimento do FGTS.

V - Importa observar que os sócios só podem ser responsabilizados pelo não recolhimento do FGTS quando presentes os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica, o que não se verifica diante do mero inadimplemento da obrigação legal, mas apenas quando ocorre o abuso da personalidade jurídica - desvio de finalidade ou confusão patrimonial -, nos termos da legislação aplicável a cada espécie societária, ou no caso de dissolução irregular.

VI - É pacífica a impossibilidade de responsabilização dos sócios pelo mero inadimplemento da obrigação de recolher o FGTS - o que pode ocorrer por fatores alheios a sua vontade -, exigindo-se, para tanto, a configuração de uma conduta reprovável de sua parte (desvio de finalidade, confusão patrimonial, dissolução irregular). Neste sentido é a jurisprudência do C. STJ, conforme julgados AgREsp 200900850354 e REsp 200301353248, Segunda Turma, e desta Corte, AI 200903000386948 e AC 200203990206434, Segunda Turma.

VII - No caso dos autos, a agravante não provou que os sócios tenham praticado qualquer ato que justifique a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo de se frisar que, conforme demonstrado, o mero inadimplemento da obrigação de recolher o FGTS não se presta a tanto, não havendo como se reconhecer a responsabilidade buscada.

VIII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00056 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010907-73.2004.4.03.0000/SP
2004.03.00.010907-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JOAO BATISTA VIEIRA
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
AGRAVADO : LIMPADORA SANTA EFIGENIA LTDA
ADVOGADO : ANTONIO JOSE NEAIME
PARTE AUTORA : CELESTINO ANTONIO MARQUES ALVES e outros
: MARIO TADEU MARTINHO
: ANTONIO ALVES
ADVOGADO : ANTONIO JOSE NEAIME
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE MOGI DAS CRUZES SP
No. ORIG. : 01.00.00148-6 A Vr MOGI DAS CRUZES/SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMENDA DA CDA. REABERTURA DE PRAZO. PETIÇÃO. RECEBIMENTO. ECONOMIA PROCESSUAL E CELERIDADE DO PROCESSO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

I - O artigo 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, permite ao credor emendar ou substituir a Certidão de Dívida Ativa - CDA até a decisão de primeira instância, restando assegurado ao executado a devolução de prazo para oposição de novos embargos.

II - Ato contínuo à impugnação, a exeqüente apresentou nova Certidão de Dívida Ativa - CDA referente à cobrança de saldo devedor remanescente, o que abriu prazo para oposição de novos embargos em favor da executada. Entretanto, a executada não ofereceu novos embargos na essência, mas tão-somente peticionou no sentido de reafirmar os termos dos embargos anteriores e, principalmente, de sua tese principal, qual seja, a ausência de processo administrativo para constituição da dívida.

III - Em que pese a executada não ter apresentado petição com a chancela de embargos, não se vislumbra razoável ignorar a peça por ela apresentada a partir da nova Certidão de Dívida Ativa - CDA, isso porque o objeto da execução fiscal é o mesmo e a tese apresentada nos embargos foi reafirmada na nova petição, a qual deve ser recebida como defesa, em observância dos princípios da economia processual e da celeridade do processo.

IV - Agravo de instrumento improvido. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00057 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0004379-91.2002.4.03.0000/SP
2002.03.00.004379-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : CONSTRAIN S/A CONSTRUCOES E COM/
ADVOGADO : JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 2001.61.82.017529-2 10F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BENS OFERECIDOS. DIFICULDADE DE AVALIAÇÃO DOS BENS. COMARCA DIVERSA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. SATISFAÇÃO DO CRÉDITO E CELERIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Não se discute a aplicação do artigo 620, do Código de Processo Civil, nos processos de execução, entretanto, não se pode desprezar a idéia premissa de que o processo executivo deve se voltar para satisfação do crédito do exequente.

II - Os bens oferecidos à penhora pela empresa executada se encontram em diversos municípios espalhados pelo Brasil, o que dificultou de plano a avaliação dos bens pelo Oficial de Justiça Avaliador, situação esta que indica mais entraves na seqüência do processo executivo, o que se choca com a celeridade e a busca pela satisfação do crédito que devem nortear a execução.

III - A indicação de bens localizados na comarca sede do Juízo aumenta as chances de um processo executivo célere e com perspectiva de êxito.

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00058 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039021-03.2001.4.03.9999/SP
2001.03.99.039021-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : METALURGICA TATA LTDA e outros
ADVOGADO : NOEDY DE CASTRO MELLO
: MAGDIEL JANUARIO DA SILVA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
INTERESSADO : CARLOS HENRIQUE JULIANI
: SANDRA HELENA JULIANI LEITAO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 135/137
No. ORIG. : 98.00.00295-3 A Vr LIMEIRA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA.

I - Encontra-se pacificado no âmbito da Corte Superior o entendimento de que a dispensa de honorários advocatícios só se dará nas hipóteses previstas no art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.941/2009 (restabelecimento de opção ou reinclusão em outros parcelamentos).

II - Atento à orientação do E. STJ, certo que a espécie não se amolda às hipóteses previstas no art. 6º § 1º, da Lei nº 11.941/2009, é de se reformar a decisão que dispensava a desistente do pagamento de honorários advocatícios, para condená-la nesta sede, cujo valor fixo em R\$ 5.000,00.

III - Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

00059 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004414-44.1999.4.03.6115/SP
1999.61.15.004414-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : SUELI APARECIDA FORNER
ADVOGADO : PAULO SERGIO LAERA e outro
AGRAVANTE : Fundacao Universidade Federal de Sao Carlos UFSCAR
ADVOGADO : LAURO TEIXEIRA COTRIM e outro
PARTE RE' : JOAO ALVES DE FREITAS (= ou > de 65 anos) e outro
: MARIA APARECIDA RUBIO DE FREITAS
ADVOGADO : DONIZETI WALTER FERREIRA
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 238/239

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado anteriormente. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal

00060 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000257-11.2005.4.03.6182/SP
2005.61.82.000257-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : METALZUL IND/ METALURGICA E COM/ LTDA
ADVOGADO : VALDEMIR JOSE HENRIQUE e outro
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 220/222

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA.

I - Encontra-se pacificado no âmbito da Corte Superior o entendimento de que a dispensa de honorários advocatícios só se dará nas hipóteses previstas no art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.941/2009 (restabelecimento de opção ou reinclusão em outros parcelamentos).

II - Atento à orientação do E. STJ, certo que a espécie não se amolda às hipóteses previstas no art. 6º § 1º, da Lei nº 11.941/2009, de se reformar a decisão que dispensava a desistente do pagamento de honorários advocatícios, mantendo-se, no entanto o quanto fixado pelo Juízo sentenciante.

III - Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00061 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002244-98.2000.4.03.6104/SP
2000.61.04.002244-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : NELSON PIETROSKI e outro

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 174/175

PARTE AUTORA : EDNA GUILLEN AFRICANI e outro

ADVOGADO : ELIS SOLANGE PEREIRA e outro

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. APELAÇÃO CÍVEL . SFH. SEGURO MORTE DO MUTUÁRIO. INDENIZAÇÃO TOTAL SALDO DEVEDOR. QUITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL INCABÍVEL.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - A indenização é calculada com base no valor do saldo devedor, considerando-se como pagos todos os encargos devidos pelo segurado até um dia antes da ocorrência do sinistro.

IV - O saldo devedor totalizava, à época, R\$54.242,75 (cinquenta e quatro mil, duzentos e quarenta e dois reais e setenta e cinco centavos). Este foi o valor utilizado para o cálculo da indenização, que, ao final, importou em R\$57.548,90 (cinquenta e sete mil, quinhentos e quarenta e oito reais e noventa centavos). Tal quantia foi efetivamente paga pela Seguradora ao agente financeiro.

V - Diante do recebimento da integralidade do valor devido, não caberia ao agente financeiro dar seguimento à execução extrajudicial instaurada.

VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00062 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010913-21.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.010913-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

AGRAVANTE : GENERAL ELETRIC DO BRASIL LTDA e filia(l)(is)

ADVOGADO : JOSE PAULO DE CASTRO EMSENHUBER

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 4010/4011

PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

TRIBUTÁRIO: PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. HORAS EXTRAS. ADICIONAIS: NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. LICENÇA MATERNIDADE NATUREZA. REMUNERAÇÃO. EXIGIBILIDADE.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - A contribuição social exigida da empresa incidente sobre o total das remunerações pagas aos empregados, tais como horas extras, abonos e adicionais noturno, insalubridade e periculosidade, todos com habitualidade, guarda observância ao disposto na própria Constituição da República, vez que tais verbas compõem a folha de salários e integram o salário-de-contribuição (CF, art. 195, I e II e Lei 8212/91, art. 22, I).

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00063 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010258-87.2003.4.03.6000/MS
2003.60.00.010258-1/MS

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

AGRAVANTE : Uniao Federal - MEX

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

APELADO : ADIR MARONI CAMARGO (= ou > de 65 anos)

ADVOGADO : ZULEIKA RAMOS DE MORAIS

PARTE RE' : ROSILENE MARONI CAMARGO e outro

: GLEISON CAMARONI DE CAMARGO

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 276/277

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado anteriormente. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00064 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037140-15.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.037140-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : AMELCO S/A IND/ ELETRONICA
ADVOGADO : JOAQUIM SERGIO PEREIRA DE LIMA
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 159/162
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 99.00.00368-1 2 Vr EMBU/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. PEDIDO DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA MORATÓRIA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 20%. ARTIGO 61, § 2º DA LEI Nº 9.430/96. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - A despeito de não merecer amparo o pedido de redução do percentual da multa moratória aplicada, simplesmente por ser excessivo e confiscatório, cumpre, de fato, reduzir a multa que incide sobre o débito exequendo.

IV - A Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008 (convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009), deu nova redação ao artigo 35 da Lei 8.212/91 que assim dispõe: "*Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 1996*".

V - Tratando-se de ato não definitivamente julgado aplica-se a retroatividade dos efeitos da lei mais benéfica, nos termos do artigo 106, II, "c" do Código Tributário Nacional.

VI - Impõe-se, portanto, a limitação da multa moratória ao percentual de 20% (vinte por cento), na forma do § 2º do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, supracitado.

VII - A redução da multa moratória não enseja a nulidade da CDA, pois a apuração do débito executado dependerá de simples cálculos aritméticos.

VIII - Não há, outrossim, qualquer ilegalidade na cumulação de juros de mora, multa e correção monetária, pois são institutos com natureza jurídica e finalidades diversas, sendo que multa e juros incidem sobre o débito atualizado e os três acréscimos são devidos a partir do vencimento.

IX - No que se refere à taxa SELIC, a jurisprudência é pacífica em reconhecer a legalidade de sua utilização como fator de atualização monetária dos créditos tributários.

X - Os honorários advocatícios ficam mantidos, tendo em vista a sucumbência mínima do embargado.

XI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00065 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0018088-37.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.018088-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO

AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
APELADO : HAROLDO RUBENS SENA DOS SANTOS e outro
: VANIA CAMPOS DOS SANTOS FERREIRA
ADVOGADO : MARIA HELENA BRANDAO MAJORANA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 169 e verso

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado anteriormente. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal

00066 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0708847-14.1998.4.03.6106/SP
2006.03.99.028173-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : MUNICIPIO DE SAO JOSE DO RIO PRETO SP
ADVOGADO : ROGERIO PEREIRA DE LIMA e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 145/146
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 98.07.08847-0 3 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. ANULAÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO NÃO ADUZIDA NA PETIÇÃO INICIAL. DESCABIMENTO EM SEDE DE RECURSO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO PELO INSS E NÃO DESCONFIRMADO PELO RÉU.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - No caso, o Município de São José do Rio Preto busca a anulação da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 32.448.357-0, a qual foi lavrada devido ao não recolhimento, na época devida, de contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social no período de julho a dezembro de 1995, calculadas sobre os valores destinados ao pagamento mensal dos componentes dos grupos Orquestra Sinfônica de São José do Rio Preto, Associação Banda Sinfônica Rio Preto e Associação do *Ballet* da Cidade de São José do Rio Preto.

IV - No pedido inicial o autor se restringiu a sustentar a condição de autônomos dos integrantes da orquestra, da banda sinfônica e do *ballet*. Em seu recurso, tentou imputar às associações, a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições por ocasião do pagamento dos salários de seus integrantes.

V - Não há que se falar, neste momento, em responsabilidade das associações as quais os músicos fazem parte, eis que tal alegação não foi produzida na petição inicial. Demais disso, o relatório fiscal da NFLD constatou a efetiva relação

empregatícia existente entre o município e os componentes da Orquestra, da Banda sinfônica e do *Ballet* de São José do Rio Preto (fls. 27/29), e o autor não logrou comprovar o contrário.

VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00067 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000292-14.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.000292-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : EDUARDO GALVAO GOMES PEREIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.164/168
INTERESSADO : LUIZ DE CASTRO NETO e outros
: MAURO GARCIA CORREA
: NILVA PINHEIRO BARRETO
ADVOGADO : HUMBERTO CARDOSO FILHO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 90.00.37324-7 5 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES.

I - Com o julgamento pelo órgão colegiado do agravo legal interposto contra a decisão monocrática, restaram superadas quaisquer alegações no sentido de que decisão não se encontrava em consonância com jurisprudência dominante, uma vez que foi objeto de re-análise por aquele órgão.

II - A fundamentação do julgado embargado para a manutenção da decisão agravada, que afastou a impugnação proposta pelo agravante, reflete o entendimento desta relatora quanto a matéria em discussão, não havendo obscuridade a ser sanada, ainda que para efeitos pré-questionadores. Portanto, em nada socorre a embargante sua pretensão de rediscussão da matéria para o fim a que se destina.

III - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00068 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000352-78.2000.4.03.6000/MS
2000.60.00.000352-8/MS

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
AGRAVANTE : Fundacao Universidade Federal de Mato Grosso do Sul FUFMS
ADVOGADO : SALOMAO FRANCISCO AMARAL
APELADO : ABEL PAVAO DA SILVA e outros
: DOROTY ROCHA
: EUBEA SENNA DE ALMEIDA

: JOAO PEREIRA DA ROSA
: JOSE CARLOS ABRAO
ADVOGADO : ANDRE LUIZ SCHRODER ROSA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 270/274 e verso

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do desacolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado anteriormente. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Cecilia Mello

Desembargadora Federal Relatora

00069 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001809-35.2007.4.03.6119/SP
2007.61.19.001809-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : ROSALIA MARIA PIRES DE SOUSA ROSA reu preso
: PAULA SOFIA NOGUEIRA DE SOUSA E SILVA reu preso
ADVOGADO : FRANCISCO CARLOS ALVES DE DEUS
APELADO : Justica Publica

EMENTA

PENAL/PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. Lei nº 11.343/06. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-BASE.

I - O auto de prisão em flagrante foi lavrado em observância às formalidades legais, não existindo mácula.

II - Comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, o decreto condenatório era de rigor.

III - Dúvidas não subsistem de que as rés tinham plena consciência da droga existente em suas bagagens, a evidenciar o dolo na sua conduta.

IV - A transnacionalidade do tráfico apresenta feições diversas da antiga internacionalidade, então prevista no diploma revogado, apresentando nuances mais flexíveis que aqueles dispostos na figura prevista pelo regime anterior. Antes, a internacionalidade exigia um limbo de ação entre duas nações, um efetivo envolvimento entre ambas.

V - Hodiernamente, é suficiente que um dos atos executórios tenha sido iniciado ou executado fora do território nacional para que o delito seja considerado transpondo fronteiras.

VI - **In casu**, a cocaína apreendida em poder das rés era de procedência venezuelana e estava sendo transportada para Portugal, incluindo-se em tal trajeto o Brasil. As rés foram detidas quando estavam prestes a embarcar com a droga com destino ao exterior.

VII - Aplicável, portanto, o artigo 40, I, da Lei nº 11.343/06.

VIII - Não há de se falar em **bis in idem** pela aplicação concomitante do artigo 33 e a causa de aumento do artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06. As rés não foram condenadas por "exportar" e sim por trazerem consigo a droga, não havendo incompatibilidade entre o núcleo do verbo "exportar" e a causa de aumento relativa à transnacionalidade.

IX - A pena-base foi majorada excessivamente em 3/6, em descompasso com a jurisprudência desta Eg. Turma, em casos análogos. Considerando a natureza e a quantidade da droga apreendida, a pena-base deve ser majorada em 1/6.

X - Mantido o patamar fixado no **decisum** para o aumento da pena (1/6) e o **quantum** de 2/6 estabelecido na sentença para diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, não havendo recurso ministerial, torna-se definitiva em 04 anos, 06 meses e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado e 453 dias-multa, no valor mínimo legal.

XI - Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso das réis para reduzir as penas impostas para 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial fechado e 453 (quatrocentos e cinquenta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, mantido, no mais, o **decisum**, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Cecilia Mello
Desembargadora Federal Relatora

Boletim Nro 2834/2010

00001 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018314-23.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.018314-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA LUCIA BUGNI CARRERO SOARES E SILVA e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : SERGIO LUIZ LOPES e outro
: SILVANA AMARAL LOPES
ADVOGADO : SÉRGIO GOMES DA SILVA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00092736520104036100 15 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- 1- Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
- 2- Não tendo sido demonstrado o vício supostamente existente no acórdão, que não apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar, revela-se improcedentes os embargos.
- 3.- No tocante ao pretendido prequestionamento, o entendimento do STJ é no sentido de seu cabimento na hipótese de haver necessidade de o tema objeto do recurso ser examinado pela decisão atacada, o que foi observado por ocasião do julgamento, razão pela qual tal pretensão também não é acolhida.
- 4 - Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer e rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00002 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010115-12.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.010115-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : D FAMY EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO HENGLES e outro

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00135016520094036182 5F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
2. Mesmo quando manejados com o objetivo declarado de prequestionamento, os embargos de declaração somente são procedentes quando demonstrarem apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar.
3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer e rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022194-23.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.022194-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MAURICIO OLIVEIRA SILVA e outro
AGRAVADO : JOSE LUIZ LARE espolio
ADVOGADO : VENICIO LAIRA e outro
REPRESENTANTE : THERESINHA DE JESUS LARE
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00160716219984036100 3 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. APLICAÇÃO DE TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. PROVIMENTO DO PEDIDO INICIAL PELO STJ EM JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. TRÂNSITO EM JULGADO.

MANIFESTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DA CEF DE INCONFORMISMO EM RELAÇÃO À DECISÃO DO STJ.

1. Da leitura do pedido formulado no recurso especial (vide fl. 162) e do dispositivo da decisão acostada às fls. 199/204 (vide fl. 204), extrai-se que o STJ realmente julgou procedente (fls.199/204) o pedido inicial formulado na "ação ordinária de cobrança" subjacente (autos nº 2001.03.99.060476-9).
2. É bem verdade que a decisão do STJ, depois de superar a questão preliminar (ônus probatório), não se demorou em fundamentar a procedência do pedido, mas isto porque a única controvérsia era realmente quanto a quem teria o dever de trazer aos autos os extratos do FGTS. De toda sorte, não cabe às instâncias inferiores reconhecer defeitos formais em julgados do STJ.
3. A despeito do que alega a CEF, não há necessidade de se proferir, em primeira instância, decisão de mérito quanto ao pedido inicial de aplicação da taxa progressiva de juros, tendo em vista que, ao dar provimento ao Recurso Especial (fl.204), o STJ já deferiu esse pedido, estando o feito, atualmente, em fase de liquidação.
4. Incumbia à empresa pública, na condição de gestora do FGTS, interpor, no prazo legal, o recurso cabível em face da decisão do STJ, de modo que é extemporânea a manifestação da CEF de inconformismo em relação à referida decisão (já transitada em julgado) que deu provimento ao recurso especial, acolhendo o pedido de "*reforma da R. sentença proferida pelo MM. Juízo monocrático e com o conseqüente decreto de procedência da postulação, invertido o ônus da sucumbência*" (fl.162)"
5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00004 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021234-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.021234-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
AGRAVANTE : VIVIANE MANCINI
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA CANALE e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00051847820104036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

EMENTA

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. ART. 557, *CAPUT*, C/C O ART. 527, I, AMBOS DO CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INDEFERIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. INSS. JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 11.907/09. ARTIGO 4º-A, *CAPUT* DA LEI Nº 10.855/04. ALTERAÇÃO PARA 40 (QUARENTA) HORAS SEMANAIS. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO FUNCIONAL.

1. Ausentes os requisitos legais inscritos no artigo 7º, II, da Lei 1.533/51 para a concessão de liminar em mandado de segurança que invoca o direito líquido e certo dos impetrantes, servidores públicos federais vinculados ao Instituto Nacional do Seguro Social, ao cumprimento da jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais, sem a redução no valor nominal de suas remunerações imposta pela Lei nº 10.855/04, com a redação instituída pela Lei nº 11.907, de 02.02.2009, sob o fundamento da irredutibilidade constitucional de vencimentos.
2. A nova jornada de trabalho instituída pela Lei nº 11.907/09, que acrescentou o artigo 4º-A à Lei nº 10.855/04, cujo *caput* alterou para 40 (quarenta) horas semanais a jornada de trabalho dos servidores integrantes da Carreira do Seguro Social e, em seu § 1º, estabeleceu que a partir de 1º de junho de 2009, é facultada a mudança de jornada de trabalho para 30 (trinta) horas semanais para os servidores ativos, em efetivo exercício no INSS, com redução proporcional da remuneração, mediante opção a ser formalizada a qualquer tempo.
3. A lei nº 11.907/09, a par de alterar a jornada de trabalho dos servidores do INSS, implementou uma nova estrutura remuneratória das Carreiras do Seguro Social, instituindo reajustes para o vencimento básico nas diversas faixas de rendimentos, conforme previstos nas Tabelas III e IV e V do Anexo IV-A da Lei nº 10.855/04, instituídas pelo artigo 162 da Lei nº 11.907/09, com vigência a partir de 1º de junho de 2009.
4. A jurisprudência do Pretório Excelso é firme no sentido de que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, assegurando a Constituição a irredutibilidade da remuneração global, o que não impede a redução de algumas parcelas remuneratórias em compensação ao aumento ou acréscimo de outras vantagens (RE nº 344.450, Rel Min Ellen Gracie, DJ 25.2.05; RMS 23.170, Rel Min. Maurício Corrêa, DJ 05.12.03; RE n. 293.606, Rel Min. Carlos Velloso, DJ 14.11.03):
5. A decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria.
6. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021054-51.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.021054-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
AGRAVANTE : CONDOMINIO EDIFICIO SAO MIGUEL

ADVOGADO : LEONARDO MATHIAS NETO e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RUI GUIMARAES VIANNA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00161964420094036100 11 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
2. Mesmo quando manejados com o objetivo declarado de prequestionamento, os embargos de declaração somente são procedentes quando demonstrarem apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar.
3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, CONHECER E REJEITAR os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00006 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021907-60.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.021907-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.91/97
INTERESSADO : ANDREIA CECILIA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ANNE CRISTINA ROBLES BRANDINI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00075802320094036119 1 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
2. Mesmo quando manejados com o objetivo declarado de prequestionamento, os embargos de declaração somente são procedentes quando demonstrarem apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar.
3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, CONHECER E REJEITAR os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00007 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025987-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.025987-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : IGREJA CRISTA PENTECOSTAL INDEPEND MARAVILHA e outros
ADVOGADO : LEONEL SILVA e outro
PARTE RE' : EDMARO BENTO TAVARES
PARTE RE' : LEONEL SILVA
ADVOGADO : LEONEL SILVA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00047896220044036182 8F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI 8.620/93. CONFISSÃO DE DÍVIDA FISCAL (AUTO-LANÇAMENTO). EXCLUSÃO DOS CO-EXECUTADOS DO PÓLO PASSIVO.

1. O Supremo Tribunal Federal, na sessão de 03/11/2010, por unanimidade, negou provimento ao RE 562276 para manter a decisão que julgou inconstitucional o art. 13 da Lei 8620/93, nos termos do voto da Min. Ellen Gracie. Para aquele sodalício, o art. 13, ao vincular a simples condição de sócio à obrigação de responder solidariamente, estabeleceu uma exceção desautorizada à norma geral de Direito Tributário, que está consubstanciada no art. 135, inciso III do CTN, o que evidencia a invasão da esfera reservada a lei complementar pelo artigo 146, inciso III, alínea b da Constituição.
2. Afastada a aplicação do art. 13 da Lei 8620/93, resta verificar na CDA a existência lançamento de ofício por parte da fiscalização, por infração, pelo contribuinte, do dever legal de proceder ao auto-lançamento.
3. No caso dos autos, ao que tudo indica, foi o próprio contribuinte quem lançou as contribuições devidas, já que consta das CDAs ter havido "*Confissão de Dívida Fiscal*" (fls.20 e 33).
4. Em princípio, a circunstância de ter havido auto-lançamento é suficiente para afastar a responsabilização dos co-executados. Não há nos autos qualquer indício de que tenha havido dissolução irregular, hipótese em que remanesceria a possibilidade de redirecionamento da execução em face dos co-executados.
5. Agravo de instrumento a que se nega provimento, a fim de que prevaleça a decisão agravada que havia determinado a exclusão dos co-executados do pólo passivo.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027336-12.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.027336-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOAO FRANCESCONI FILHO e outro
APELADO : BRUNO CESAR MARACIN
No. ORIG. : 00273361220084036100 9 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO REGIMENTAL. PETIÇÃO INICIAL. ENDEREÇO DO RÉU INDISPENSÁVEL. DETERMINAÇÃO DE EMENDA NÃO CUMPRIDA. EXTINÇÃO SEM MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A petição inicial deve conter os requisitos do artigo 282 do CPC, sob pena de extinção do feito sem a resolução do mérito.
2. O endereço é requisito imprescindível à intimação
3. Ocorre que a autora se manteve inerte e o prazo solicitado transcorreu sem que a autora indicasse efetivamente o endereço do réu.
4. Vencido o prazo concedido pelo juiz, sem atenção ao ônus de apresentar o requisito solicitado, a parte deve sofrer a consequência legal decorrente de sua conduta, qual seja, a extinção do processo sem exame do mérito.
5. **Correta, pois, a r. sentença** que indeferiu liminarmente a petição inicial, decisão que não merece reforma.
6. Agravo da autora improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00009 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025995-87.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.025995-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : NELSON YOSHIMOTO e outro
: ELDA MITSUE KODAMA YOSHIMOTO
ADVOGADO : JOSE XAVIER MARQUES e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RICARDO SANTOS e outro
APELANTE : BANCO SANTANDER BRASIL S/A
ADVOGADO : LUIS AUGUSTO ZANONI DOS SANTOS e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
PARTE RE' : NOROESTE CREDITO IMOBILIARIO S/A
APELADO : OS MESMOS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00259958720044036100 26 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REVISÃO CONTRATUAL.

1. A EXISTÊNCIA DE ACÓRDÃO ISOLADO, ESPECIALMENTE QUANDO NÃO PROVENIENTE DO MESMO TRIBUNAL OU DE CORTE SUPERIOR, NÃO IMPEDE QUE SE CONSIDERE CONSOLIDADA A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA, PERMITINDO A APRECIÇÃO MONOCRÁTICA DO RECURSO, NOS TERMOS DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRATANDO-SE DE NEGAR SEGUIMENTO AO INCONFORMISMO, SEQUER É NECESSÁRIO IDENTIFICAR A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES, SE O RECURSO É MANIFESTAMENTE INCABÍVEL, IMPROCEDENTE OU PREJUDICADO.
2. CABE À CEF, NA QUALIDADE DE SUCESSORA LEGAL DO BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO - BNH, NOS TERMOS DO ARTIGO 1º, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 2.291/86 E COMO AGENTE FINANCEIRO DA RELAÇÃO CONTRATUAL OBJETO DA PRESENTE DEMANDA, OCUPAR O PÓLO PASSIVO DAS AÇÕES QUE TENHAM POR OBJETO A DISCUSSÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. A UNIÃO FEDERAL É PARTE ILEGÍTIMA, SALVO COMO ASSISTENTE NAS LIDES QUE VERSAM SOBRE O FCVS.
3. A DISCUSSÃO EXCLUSIVAMENTE QUANTO À LEGALIDADE DOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA UTILIZADOS PARA REAJUSTE DE PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR É MERAMENTE JURÍDICA E DISPENSA A PRODUÇÃO DE PERÍCIA, POUCO IMPORTANDO TENHA O MUTUÁRIO EVENTUALMENTE SE SERVIDO DE CÁLCULOS CONTÁBEIS PARA DEMONSTRAR QUE LHE SERIA FAVORÁVEL A UTILIZAÇÃO DE ÍNDICE DIVERSO.
4. SENDO PACTUADA A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELOS MESMOS ÍNDICES DE REAJUSTE DAS CONTAS DO FGTS OU CADERNETA DE POUPANÇA, POR SUA VEZ REMUNERADAS PELA TR, NÃO SE VERIFICA DESRESPEITO À LIBERDADE E VONTADE DOS CONTRATANTES, NEM MALTRATO AO ATO JURÍDICO PERFEITO PELA ADOÇÃO DESTES ÍNDICES. ADIN Nº 493 E PRECEDENTE DO STJ.
5. É LÍCITA A INCIDÊNCIA DA URV, POR FORÇA DE LEI.
6. A CLÁUSULA PES-CP TEM SEU ALCANCE LIMITADO AO REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES, SENDO DO MUTUÁRIO O ÔNUS DA COMPROVAÇÃO DA QUEBRA DA RELAÇÃO PRESTAÇÃO/RENDA. PARA A CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR, APLICAM-SE OS MESMOS ÍNDICES DE CORREÇÃO DAS CONTAS DO FGTS, QUANDO LASTREADA A OPERAÇÃO EM RECURSOS DO REFERIDO FUNDO, E OS DAS CADERNETAS DE POUPANÇA NOS DEMAIS CASOS.
7. A FALTA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA, NA ÉPOCA DA AVENÇA, NÃO IMPOSSIBILITA A ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL DO CES, POR FORÇA DA AUTONOMIA DAS PARTES.

8. NÃO SE PODE FALAR EM IMPREVISÃO QUANDO O CONTRATO DE MÚTUO DISPÕE EXPLICITAMENTE SOBRE O FATO QUE TERIA TRAZIDO DESEQUILÍBRIO À RELAÇÃO CONTRATUAL, ESTIPULANDO NÃO APENAS OS CRITÉRIOS DE REVISÃO DOS TERMOS ECONÔMICOS DO CONTRATO, COMO ATÉ MESMO SOBRE EVENTUAL COMPROMETIMENTO EXCESSIVO DA RENDA.
9. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS VINCULADOS AO SFH NÃO DISPENSA O AUTOR DE DEMONSTRAR A ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS.
10. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSIDERA CONSTITUCIONAL A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL REGULADA PELO DECRETO-LEI N. 70/66, ASSEGURADO AO DEVEDOR O DIREITO DE POSTULAR PERANTE O PODER JUDICIÁRIO, EM AÇÃO APROPRIADA, NO CASO DE EVENTUAL ILEGALIDADE OCORRIDA NO CURSO DO PROCEDIMENTO ADOTADO.
11. OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELOS AGRAVANTES NO PRESENTE RECURSO SÃO MERA REITERAÇÃO DAS TESES VENTILADAS ANTERIORMENTE, NÃO ATACANDO OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA, QUE SE APRESENTA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.
12. AGRAVO NÃO CONHECIDO. APLICADA MULTA DE 2% (DOIS POR CENTO) DO VALOR CORRIGIDO DA CAUSA, FICANDO A INTERPOSIÇÃO DE QUALQUER OUTRO RECURSO CONDICIONADA AO DEPÓSITO DO RESPECTIVO VALOR.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NÃO CONHECER DO AGRAVO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00010 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027220-69.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.027220-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

APELANTE : DANIEL WILSON DE CAMPOS ALVES e outro

: ALESSANDRA CRISTINA MARTINS

ADVOGADO : JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR e outro

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 00272206920094036100 5 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, CPC. ART. 267, V, CPC. COISA JULGADA.

1. Conjugados os requisitos que caracterizam o instituto da coisa julgada, descabe analisar o pedido de anulação do procedimento de execução extrajudicial, que foi objeto de apreciação nos autos da ação anulatória nº 2002.61.09.005588-1.

2. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006256-18.2006.4.03.6114/SP
2006.61.14.006256-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : RENE LOPES DE FARIAS e outro
: MARINA DA SILVA FARIAS
ADVOGADO : RICARDO JOVINO DE MELO JUNIOR e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : LOURDES RODRIGUES RUBINO e outro
No. ORIG. : 00062561820064036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL 70/66.

1. A existência de acórdão isolado, especialmente quando não proveniente do mesmo tribunal ou de corte superior, não impede que se considere consolidada a jurisprudência sobre a matéria, permitindo a apreciação monocrática do recurso, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil. Tratando-se de negar seguimento ao inconformismo, sequer é necessário identificar a existência de precedentes, se o recurso é manifestamente incabível, improcedente ou prejudicado.
2. O Supremo Tribunal Federal considera constitucional a execução extrajudicial regulada pelo Decreto-lei n. 70/66, assegurado ao devedor o direito de postular perante o Poder Judiciário, em ação apropriada, no caso de eventual ilegalidade ocorrida no curso do procedimento adotado.
3. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00012 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0050883-68.2004.4.03.6182/SP
2004.61.82.050883-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SHEILA PERRICONE e outro
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
APELADO : TACITO LUIZ CARVALHO BARCELLOS
ADVOGADO : HELOINA PAIVA MARTINS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00508836820044036182 5F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL NA APELAÇÃO CÍVEL. FGTS CORRESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO NA EXECUÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DO NOME CONSTAR DA CDA. CONDIÇÃO DE SÓCIO NÃO VERIFICADA. PROVA DOCUMENTAL.

1. A jurisprudência está pacificada no sentido de afastar a incidência das regras de responsabilidade dos sócios previstas no CTN, especialmente em seu artigo 135, na hipótese de execução das contribuições ao FGTS, por não possuírem natureza tributária.
2. No caso das execuções de contribuições para o FGTS, sendo inaplicável o CTN, é o artigo 50 do CC que fundamenta eventual responsabilização dos sócios pela dívida.
3. Na hipótese sob análise, verifica-se que o embargante, ora apelado, não fazia parte do quadro societário da empresa executada na época do surgimento dos débitos em cobro (outubro de 1995 a fevereiro de 1999).
4. Depreende-se da ficha de breve relato da JUCESP, colacionada aos autos às fls. 148/154, que TÁCITO LUIZ CARVALHO BARCELLOS atuou como sócio da executada somente entre abril de 1968 e janeiro de 1973.
4. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00013 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011737-87.2000.4.03.6108/SP
2000.61.08.011737-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : AIRTON GARNICA e outro

APELADO : CONSTANTINO FABRICIO JUNIOR e outro

: LAURA CRISTINA MAGI TROTI FABRICIO

ADVOGADO : FERNANDO JOSE POLITO DA SILVA e outro

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 00117378720004036108 2 Vr BAURU/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM JUROS E DEMAIS ENCARGOS IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO TRAZIDA NOS EMBARGOS MONITÓRIOS.

1- Os embargos opostos às fls. 47/64 sustenta a inaplicabilidade de juros e demais encargos cumulados com a comissão de permanência, vide fl.59, portanto a decisão não é extrapetita. Devendo ser mantida na íntegra

2- Agravo que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00014 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024704-09.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.024704-5/MS

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

AGRAVADO : MARIA TEREZA FERRAZ ALVES RIBEIRO

ADVOGADO : ANTONIO DE BARROS JAFAR

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS

No. ORIG. : 00052213520104036000 2 Vr CAMPO GRANDE/MS

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 8.540/92, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 12, V E VII, 25, I E II E 30, IV, DA LEI Nº 8.212/91. PRODUTOR RURAL EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 10.256/2001.

1. No dia 03 de fevereiro de 2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária prevista no art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que nova legislação venha a instituir a contribuição (*STF, Pleno, RE-363852, Informativo STF nº 573*)

2. Somente o produtor rural que exerce atividade em regime de economia familiar deve estar sujeito à contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212/91. Isto, todavia, apenas até a égide da Lei n.º 10.256, de 2001, que novamente modificou a redação do artigo 25 da Lei n.º 8.212/1991.
3. A nova redação impõe contribuição semelhante àquela tratada no julgamento do STF acima transcrito, todavia *em substituição* daquela que normalmente incidiria sobre a sua folha de pagamento, superando o fundamento pelo qual se controvertia acerca da constitucionalidade. Aliás, o julgado daquela colenda Corte máxima ressalvou expressamente a legislação posterior.
4. Ao que tudo indica a agravada é produtora rural e utiliza-se de mão-de-obra rural (empregados).
5. Agravo a que se dá parcial provimento para suspender a exigibilidade da contribuição fundada no artigo 25 da Lei n.º 8.212/1991 com a redação dada pela Lei n.º 9.258/1997, tão-somente até a vigência da Lei n.º 10.256, de 2001.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002153-68.2010.4.03.6100/SP
2010.61.00.002153-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : Uniao Federal - MEX
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : SAMIR JORGE TARIK CASSIO ALBERTO DE MEIRA E MATTAR
ADVOGADO : CAROLINA MARQUES PEREIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00021536820104036100 13 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MÉDICO. CONVOCAÇÃO PARA O SERVIÇO MILITAR. DISPENSA ANTERIOR POR EXCESSO DE CONTINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Já se encontra consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não é possível a convocação posterior dos chamados MFDV (médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários), após a conclusão dos cursos, se estes foram dispensados anteriormente do serviço militar obrigatório, por excesso de contingente.
2. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO A APELAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019859-98.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.019859-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : UNAFISCO REGIONAL ASSOCIACAO DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL
ADVOGADO : ALAN APOLIDORIO e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
No. ORIG. : 00198599820094036100 7 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. LITISPENDÊNCIA. PROCESSO ANTERIOR EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO SOMENTE QUANTO AOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DESISTÊNCIA DO RECURSO ADESIVO NAQUELES AUTOS. MATÉRIA DE MÉRITO ESVAZIADA. ECONOMIA PROCESSUAL. VÍCIO PROCESSUAL SANADO.

1. Existe identidade entre a presente ação e aquela autuada sob n. 2008.61.00.026437-4 e extinta sem resolução de mérito, atualmente em fase de execução do julgado que condenou a autora ao pagamento de honorários de advogado em favor da União.
2. O objeto daquela demanda não foi apreciado judicialmente, não se configurando por isso a coisa julgada, e a fase de execução do julgado não dá ensejo à caracterização de litispendência, ainda mais quando se executa apenas a verba honorária. Precedentes do STJ.
3. Considerando-se que os pressupostos processuais devem ser verificados durante todo o curso do processo e, ainda, tendo em vista o princípio da economia processual, reputa-se sanado o vício processual, de modo a legitimar o regular prosseguimento do feito.
4. Apelação provida. Determinado o retorno dos autos à Vara de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação para determinar o retorno dos autos à Vara de origem a fim de que se dê regular prosseguimento ao feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00017 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005865-29.2001.4.03.6182/SP

2001.61.82.005865-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : CREAÇÕES DANIELLO LTDA
ADVOGADO : JOAO BATISTA TAMASSIA SANTOS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00058652920014036182 2F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- 1- Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
- 2- Não tendo sido demonstrado o vício supostamente existente no acórdão, que não apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar, revela-se improcedentes os embargos.
- 3.- No tocante ao pretendido prequestionamento, o entendimento do STJ é no sentido de seu cabimento na hipótese de haver necessidade de o tema objeto do recurso ser examinado pela decisão atacada, o que foi observado por ocasião do julgamento, razão pela qual tal pretensão também não é acolhida.
- 4 - Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer e rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00018 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006699-12.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.006699-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FLAVIA ELISABETE DE O FIDALGO S KARRER
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : SILVANA APARECIDA ZACCANI ANAYA
: PRISCILLA CONTENTE ANAYA
: WORLD PACKING IND E COM DE EMPACOTAMENTOS LTDA e outros
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
No. ORIG. : 03.00.00003-1 1 Vr CACHOEIRA PAULISTA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
2. Mesmo quando manejados com o objetivo declarado de prequestionamento, os embargos de declaração somente são procedentes quando demonstrarem que o julgado apresenta obscuridade, omissão ou contradição a sanar.
3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, CONHECER E REJEITAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00019 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009659-32.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.009659-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ZORA YONARA M DOS SANTOS CARVALHO PALAZZIN e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : LUIZ DA SILVA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
No. ORIG. : 00096593220094036100 11 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. FGTS. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 252 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. Omissão reconhecida quanto à suposta carência de interesse processual.
2. Somente pelos extratos analíticos das contas do FGTS a CEF poderia comprovar que já creditou nelas, antes da propositura da ação, os expurgos inflacionários reconhecidos judicialmente como devidos. Sem tais documentos, não é possível reconhecer a carência de interesse processual. Ressalve-se, contudo, que os percentuais que foram pagos administrativamente devem ser descontados por ocasião da execução do julgado.
3. Nada justifica a oposição de embargos de declaração por Agostinho Alberto Rodrigues: a decisão monocrática de fls. 175/182 lhe foi favorável e dela somente recorreu a CEF, sendo esta última novamente sucumbente no acórdão de fls. 194/199, que manteve o inteiro teor daquela decisão. As razões destes embargos de declaração, outrossim, constituem uma peça padronizada inteiramente divorciada da matéria tratada no acórdão.
4. Embargos de declaração da CEF acolhidos para rejeitar expressamente a preliminar de carência de interesse processual.
5. Embargos de declaração de Luiz da Silva: não conhecidos, aplicando-se-lhe multa de 1% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA CEF para rejeitar expressamente a preliminar de carência de interesse processual e NÃO CONHECER DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR LUIZ DA SILVA, MULTANDO-O EM 1% DO VALOR DA CAUSA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00020 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000388-39.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.000388-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : CARLA SANTOS SANJAD e outro

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : ANTONIO MARCOS

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

No. ORIG. : 00003883920094036119 5 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. CARACTERIZADO CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.

2. O embargante aponta como omissão a ausência de análise sobre a aplicação dos índices constantes da súmula 252 do STJ ao saldo da conta vinculada ao FGTS bem como quanto à incidência de juros progressivos, matérias que já foram objeto de questionamento no agravo legal apresentado, restando expressa e claramente apreciadas.

3. Caracterizado o caráter manifestamente protetatório destes embargos de declaração.

4- Embargos de declaração rejeitados. Embargante condenado ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, REJEITAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, condenando o embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, conforme o parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00021 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000998-64.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.000998-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

APELANTE : GESTAO MAXIMA ADMINISTRACAO E PARTICIPACAO LTDA

ADVOGADO : CRISTIANE CAMPOS MORATA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 00009986420094036100 12 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COMPENSAÇÃO ENTRE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO.

1- Os credores não são idênticos, nem formal nem substancialmente. Formalmente, o INSS não se confunde com a União, ainda que haja um único órgão fiscalizador para os tributos devidos a um e a outra; eles têm personalidades jurídicas distintas. Substancialmente também se distanciam porque, se fosse possível desconsiderar a personalidade jurídica formal do INSS, o que lhe subjaz é o Regime Geral de Previdência Social, não o Executivo federal: o INSS não tem qualquer outra função além de instituição mantenedora do RGPS.

2- A impetrante sequer juntou aos autos documentos comprobatórios dos créditos que alega possuir em face da Fazenda Nacional. Tampouco faz referência a quais tributos corresponderiam tais créditos.

3- Agravo que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00022 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003813-30.2006.4.03.6103/SP

2006.61.03.003813-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : FABIO HENRIQUE RONDON BRONZATTO e outros
: MARIA VIRGINIA RONDON BRONZATTO
: PAULO CESAR MIRANDA BRONZATTO
ADVOGADO : LUCIANA APARECIDA DE SOUZA MIRANDA e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JAQUELINE BRITO TUPINAMBÁ FRIGI e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00038133020064036103 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

EMENTA

1. O artigo 192 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 40/2003, dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional e prevê a edição de leis complementares para sua regulamentação. Todavia, essa legislação ainda não foi elaborada.

2. A Lei nº 4.595/64 autorizou o Conselho Monetário Nacional a formular a política monetária e creditícia, permitindo àquele órgão, por meio do Banco Central, fixar os juros a serem exigidos pelos estabelecimentos financeiros em suas operações de crédito.

3. A cláusula 11ª do contrato de financiamento estudantil firmado entre as partes prevê juros remuneratórios no percentual de 9% ao ano, com capitalização, equivalente a 0,72073% ao ano, foi livremente pactuada, inexistindo ilegalidade na convenção, levando-se em consideração a autonomia de vontade das partes, assegurando a validade do ato jurídico perfeito, inexistindo justificativa jurídica para sua invalidade.

4. A parcela de amortização deve ser paga da forma pactuada, pela tabela price (que, aliás, não constitui critério de correção monetária, mas mecanismo para cálculo das prestações necessárias para amortizar o capital segundo uma taxa de juros contratada), vez que o contrato assinado em 13/07/2000 (fls 12/17) em sua cláusula 10, parágrafo terceiro, especifica de forma clara como deverá ser feita sua cobrança.

5. O CDC não se aplica a contratos de crédito educativo, por não se tratar de um serviço bancário, mas de um programa do governo, custeado inteiramente pela União. A Lei 8436/92, que institucionalizou o Programa de Crédito Educativo em seu art. 4º esclarece que a CEF é mera gestora do programa, não sendo fornecedora e o estudante um consumidor.

6. Tal entendimento, pode ser também aplicado ao financiamento estudantil - FIES, regulado pela Lei 10.260/01, o qual possui objetivo e regras bem similares ao programa de Crédito Educativo.

7. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o simples ajuizamento de ação para revisão do contrato (conceito em que se incluem os presentes embargos) não é suficiente para obstar a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes.

8. A agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada e sequer se esforçou por demonstrar que não se tratava de hipótese que autorizasse julgamento monocrático.

9. Agravo legal não conhecido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00023 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000114-40.2006.4.03.6100/SP
2006.61.00.000114-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RICARDO RICARDES e outro
APELADO : CONDOMINIO RESIDENCIAL MAISON DOR
ADVOGADO : SILMARA MARY GOMES VIOTTO e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 242/244
No. ORIG. : 00001144020064036100 26 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CRÉDITO HIPOTECÁRIO. CRÉDITO ORIUNDO DE DESPESAS CONDOMINIAIS EM ATRASO. OBRIGAÇÃO "PROPTER REM". PREFERÊNCIA.

1. A CEF não logrou êxito em comprovar que as demandas nº 1999.61.00.053053-3 e 1999.61.00.056926-1 se referem ao mesmo imóvel penhorado nos autos da ação de cobrança promovida pelo CONDOMÍNIO RESIDENCIAL MAISON DÓR.
2. Da análise dos documentos mencionados pela CEF à fl.226 (fls. 184/209 e fls.46/47), não se pôde identificar o aludido "erro material", já que apenas a petição inicial (fl.184) que descreve o imóvel, não existindo nos autos menção à sua matrícula.
3. Os documentos disponíveis nos autos são insuficientes para se aferir se o imóvel em questão é realmente o mesmo a que dizem respeito as demandas nº 1999.61.00.053053-3 e 1999.61.00.056926-1.
4. Mesmo que se tivesse comprovado que a CEF havia arrematado o imóvel muito antes, a própria CEF admite não ter havido registro da carta de arrematação em seu favor, de modo que o resultado do julgamento não se alteraria por este motivo.
5. É pacífico na jurisprudência que, por se tratar de obrigação *propter rem*, o crédito condominial prefere ao crédito hipotecário sobre o mesmo imóvel a que se refere.
6. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00024 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003910-34.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.003910-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : BANCO BRADESCO S/A
ADVOGADO : SUELY MULKY e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : TANIA FAVORETTO e outro
APELADO : ANTONIO MASSARU KAKIDA (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : ADRIANO NAGADO e outro
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 00039103420094036100 19 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SFH. QUITAÇÃO DO SALDO RESIDUAL COM UTILIZAÇÃO DO FCVS. DUPLO FINANCIAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à possibilidade de utilização do FCVS para quitação de mais de um financiamento para compra de imóvel na mesma localidade, desde que o financiamento em questão tenha sido contratado em período anterior à vigência das Leis 8.004 e 8.100, ambas de 1990, o que é o caso os autos, tendo, inclusive, a questão sido objeto de análise e confirmação do entendimento nos termos do Art. 543-C, do CPC, pelo STJ.

2. Agravos legais a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO aos agravos legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Alessandro Diaferia

Juiz Federal Convocado

00025 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022121-51.2010.4.03.0000/MS

2010.03.00.022121-4/MS

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

AGRAVADO : LUIS CARLOS SEIBT e outros

: HILDA AUGUSTA SEIBT

: IRMA MARIA SEIBT

: THIAGO JACOBSEN SEIBT

: FANNY SEIBT CARVALHO

ADVOGADO : ROSELI CAMARA DE FIGUEIREDO PEDREIRA e outro

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE DOURADOS >2ªSSJ>MS

No. ORIG. : 00013846320104036002 1 Vr DOURADOS/MS

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA PROVENIENTE DE COMERCIALIZAÇÃO RURAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 8.540/92, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 12, V E VII, 25, I E II E 30, IV, DA LEI Nº 8.212/91. INEXIGIBILIDADE ATÉ O ADVENTO DA LEI 10.256/2001. AUSÊNCIA DE QUALQUER INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA RELATIVA AO PERÍODO POSTERIOR À ÉGIDE DA LEI 10.256/2001.

1. No dia 03 de fevereiro de 2010, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária prevista no art. 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que nova legislação venha a instituir a contribuição (STF, Pleno, RE-363852, Informativo STF nº 573).

2. Somente o produtor rural que exerce atividade em regime de economia familiar deve estar sujeito à contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212/91. Isto, todavia, apenas até a égide da Lei n.º 10.256, de 2001, que novamente modificou a redação do artigo 25 da Lei n.º 8.212/1991.

3. A nova redação impõe contribuição semelhante àquela tratada no julgamento do STF acima transcrito, todavia em substituição daquela que normalmente incidiria sobre a sua folha de pagamento, superando o fundamento pelo qual se controvertia acerca da constitucionalidade. Aliás, o julgado daquela Colenda Corte máxima ressalvou expressamente a legislação posterior.

4. Considerando que o agravado instruiu a contraminuta com documentos que permitem verificar qual tipo de atividade é exercida pelo mesmo, "empresário empregador rural" valendo-se de empregados, entendo que, com relação ao período anterior à vigência da Lei n.º 10.256/2001, deve permanecer suspensa a exigibilidade da contribuição.

5. Já com relação ao período posterior à vigência da Lei n.º 10.256/2001, deve ser restabelecida a exigibilidade da contribuição, ante a ausência de qualquer inconstitucionalidade nesta exigência.
6. Agravo de instrumento da UNIÃO a que se dá parcial provimento, para restabelecer a exigibilidade das contribuições correspondentes ao período posterior à vigência da Lei n.º 10.256, de 2001.
7. Prejudicado o agravo regimental de fls. 82/92, que foi recebido como contraminuta, tendo em vista ter transcorrido o prazo para que esta fosse apresentada e, ainda, considerando que, nos termos do art. 527, § único, do CPC, não cabe recurso da decisão do relator que delibera sobre concessão de efeito suspensivo em agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO E JULGAR PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00026 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027923-30.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027923-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
AGRAVANTE : PAN PRODUTOS ALIMENTICIOS NACIONAIS S/A
ADVOGADO : AUGUSTO HIDEKI WATANABE e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00032900720104036126 2 Vr SANTO ANDRE/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O PAGAMENTO DOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. FÉRIAS INDENIZADAS. FÉRIAS E ADICIONAL DE 1/3. AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

1. A contribuição social incide sobre a remuneração de férias, mas não sobre o acréscimo constitucional de um terço. Entendimento uniformizado do STJ.
2. O pagamento correspondente ao período que o empregado trabalharia se cumprisse o aviso prévio em serviço (aviso prévio indenizado) não tem natureza remuneratória, mas sim ressarcitória, não podendo constituir base de cálculo para a incidência de contribuição previdenciária.
3. As férias indenizadas e os valores correspondentes ao terço constitucional têm natureza compensatória/indenizatória, e, nos termos do artigo 201, § 11, da CF, somente as parcelas incorporáveis ao salário para fins de aposentadoria sofrem a incidência da contribuição previdenciária.
4. Em se tratando de uma obrigação patronal, o reembolso das despesas comprovadas da creche, quando terceirizado o serviço, não pode sofrer a incidência da contribuição previdenciária, pois tem nítido cunho indenizatório. Súmula 310 do Superior Tribunal de Justiça.
5. O STJ pacificou entendimento no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre o pagamento dos quinze dias que antecedem o benefício de auxílio-doença.
6. Agravos legais a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos agravos legais da parte autora e da União (Fazenda Nacional), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00027 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002545-52.2004.4.03.6121/SP
2004.61.21.002545-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARCELO EDUARDO VALENTINI CARNEIRO e outro
APELADO : JOSE ORLANDO MATIAS
ADVOGADO : VIRGINIA MACHADO PEREIRA e outro
PARTE RE' : EMGEA Empresa Gestora de Ativos
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS 323/325
No. ORIG. : 00025455220044036121 1 Vr TAUBATE/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, CPC. SFH. REVISÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL. LIBERAÇÃO DE VALORES DA CONTA VINCULADA DO FGTS. AMORTIZAÇÃO OU QUITAÇÃO DE SALDO DEVEDOR DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. LEI Nº 8.036/90. ART. 20. ROL EXEMPLIFICATIVO.

1. A jurisprudência vem admitindo a possibilidade de saque para pagamento de parcelas de contrato para aquisição de casa própria, ainda que à margem do Sistema Financeiro de Habitação e ainda que tais parcelas estejam em atraso. (Precedentes STJ)
2. O saldo da conta vinculada apenas quitará o saldo devedor caso seja suficiente para tal. Sendo insuficiente, poderá somente amortizar a dívida. Sendo superior, o levantamento será apenas o suficiente para a quitação da dívida.
3. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00028 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003564-49.2010.4.03.6100/SP
2010.61.00.003564-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : OSVALDO DOS SANTOS FILHO
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00035644920104036100 20 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. JUROS PROGRESSIVOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ADESÃO AO ACORDO PREVISTO NA LC 110/01. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. PEDIDO FORMULADO EM AGRAVO LEGAL NÃO DEDUZIDO DA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

1. Impossível se conhecer dos pedidos acerca da incidência dos juros progressivos sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS de titularidade do autor, visto tratar-se de pedido não deduzido na apelação, sendo impossível a inovação nesta fase processual (*tantum devolutum quantum appellatum*).
2. Resta claro que o autor renunciou ao direito de requerer judicialmente os ajustes de atualização monetária referentes a sua conta vinculada no período de junho de 1987 a fevereiro de 1991, visto sua adesão ao acordo previsto na LC 110/01.
3. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00029 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031473-19.2007.4.03.6182/SP
2007.61.82.031473-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARIA AUXILIADORA FRANCA SENNE e outro
REPRESENTANTE : Caixa Economica Federal - CEF
APELADO : NAGIB AUDI espolio
ADVOGADO : MARILIA BUENO PINHEIRO FRANCO (Int.Pessoal)
REPRESENTANTE : MARILIA BUENO PINHEIRO FRANCO
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 00314731920074036182 5F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL NA APELAÇÃO CÍVEL. CITAÇÃO DO ESPÓLIO PARA COMPOR PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. INVENTARIANTE DATIVO. CITAÇÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS.

1. Preceitua o § 1º do Art. 12 do CPC que há litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, do espólio, herdeiros e sucessores do falecido nas ações em que o espólio representado por inventariante dativo for parte.
2. No caso dos autos, não há que se falar em ilegitimidade ativa do espólio para o aforamento dos embargos, mas apenas de sua ilegitimidade para figurar solitário no pólo passivo da execução.
3. As disposições do Art. 29-C da Lei 8.036/90 são inaplicáveis ao caso vertente, vez que as isenções ali previstas limitam-se àquelas ações em que figurem o FGTS e "os titulares das contas vinculadas" ou "representantes ou substitutos processuais".
4. Descabida alegação de que a CEF está sendo condenada em honorários advocatícios em evento que não deu causa. O conceito de lide nos informa que esta se configura quando existe uma pretensão resistida. O oferecimento de embargos, com o fito único de regularizar a representação processual do espólio no Feito, e a subsequente citação da ré instaura o processo, vindo a pretensão resistida a configurar-se quando da apresentação da peça de resistência pela embargada, momento em que requereu, expressamente, a "extinção do processo sem julgamento de mérito ou, se ultrapassada, julgados totalmente improcedentes os embargos".
5. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00030 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008727-44.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.008727-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ELIANE HAMAMURA e outro
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : GERALDINO BEMVINDO
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
CODINOME : GERALDINO BENVINDO
No. ORIG. : 00087274420094036100 22 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. CARACTERIZADO CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTRELATÓRIO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC.

1. Os embargos declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, revolvendo questões já adequadamente apreciadas.
2. O embargante aponta como omissão a ausência de análise sobre a aplicação dos índices constantes da súmula 252 do STJ ao saldo da conta vinculada ao FGTS bem como quanto à incidência de juros progressivos, matérias que já foram objeto de questionamento no agravo legal apresentado, restando expressa e claramente apreciadas.
3. Caracterizado o caráter manifestamente protelatório destes embargos de declaração.
- 4- Embargos de declaração rejeitados. Embargante condenado ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, REJEITAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, condenando o embargante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, conforme o parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

00031 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0044649-02.2006.4.03.6182/SP
2006.61.82.044649-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : NELSON ROBERTO MARTINS e outro
: NADIR BALCONI MARTINS
ADVOGADO : RENATO HENNEL e outro
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00446490220064036182 4F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE FORMAL NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, DÚVIDA OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

- 1.O acórdão ora recorrido encontra-se devidamente fundamentado.
- 2.Os embargos de declaratórios não se destinam a veicular mero inconformismo com o julgado, resolvendo questões já adequadamente apreciadas.
- 3.Mesmo quando manejados com o objetivo declarado de prequestionamento, os embargos de declaração somente são procedentes quando demonstrarem obscuridade, omissão ou contradição a sanar.
- 4.Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer e rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Alessandro Diaferia
Juiz Federal Convocado

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

Expediente Nro 7269/2010

00001 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000279-54.2006.4.03.0000/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : RANDY TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA
ADVOGADO : MARCOS NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2003.61.00.027983-5 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r.decisão do MM. Juízo *supra* que, em autos de ação de indenização movida pela União, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da ré para inclusão dos respectivos sócios no polo passivo do feito.

Em síntese, a agravante sustenta que o artigo 50 do Código Civil e a legislação de proteção ao consumidor embasam sua pretensão, pois a ausência de atualização dos dados da empresa perante a Junta Comercial caracteriza infração à lei e demonstra deliberada intenção de ocultação. Pleiteou antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Foi negado o provimento antecipatório (fls. 95/96).

A União apresentou agravo regimental, bem como pedido de reconsideração (fls. 103/116 e 120/123), o que foi deferido às fls. 140/141.

É o necessário.

Decido.

De início, saliento que o agravo regimental restou prejudicado com o julgamento definitivo do agravo de instrumento. O presente recurso deve ser decidido com base no artigo 557, § 1º-A, CPC, dado que a r.decisão agravada está em confronto com a jurisprudência dominante.

Com efeito, entendo que a não localização da empresa e a ausência de bens para garantia da dívida constituem fortes indícios de dissolução irregular da sociedade, o que faz presumir confusão patrimonial nos termos previstos no artigo 50 do Código Civil, justificando que os efeitos do cumprimento da sentença sejam estendidos aos bens particulares dos sócios ou dos administradores da pessoa jurídica.

Ao deferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, manifestei-me no sentido de reformar a r.decisão agravada, nos termos seguintes:

"Em melhor análise da matéria, entendo configurada a situação de abuso da personalidade jurídica, com desvio de finalidade, empregado pelos sócios que exerciam a gerência da sociedade que integra o pólo passivo da lide.

As farras diligências para localização da empresa executada, bem como de seus bens, foram todas negativas, conforme demonstram as certidões lavradas pelos Srs. Oficiais de Justiça (fls. 49, 56, 62, 84, 88 e 123). Também nesta instância foi realizada uma tentativa de intimação da agravada, igualmente infrutífera (fls. 131). Com efeito, o desaparecimento da empresa, somado à ausência de atualização dos dados sociais perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP - e a Secretaria da Receita Federal, fazem presumir que houve dissolução irregular da sociedade, caracterizando abuso da personalidade jurídica.

Por essas razões, e tornando-se evidente a impossibilidade de satisfação do crédito pelos meios até o momento empreendidos, não me parece desarrazoado o redirecionamento da execução para os sócios da empresa devedora."

Nesse sentido, destaco o seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO -EXECUÇÃO FISCAL - FGTS - NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA - RESPONSABILIDADE. REDIRECIONAMENTO. POSSIBILIDADE NOS TERMOS DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL.

1- A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido da inaplicabilidade das disposições do Código Tributário Nacional aos créditos do FGTS, incluindo a hipótese de responsabilidade do sócio-gerente prevista no art. 135, III, do CTN. No entanto, isso não significa que, à vista de elementos porventura adunados nos autos posteriormente, com auxílio do direito comum, não sejam os mesmos responsabilizados.

2 - O artigo 50 do Código Civil dispõe que: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

3 - O sócio-gerente, em casos de dissolução irregular da empresa executada, responde pelo não recolhimento do FGTS, sendo, portanto, legitimado a figurar no pólo passivo da ação de execução fiscal, desde que presentes os pressupostos autorizadores, segundo a lei, dessa medida.

4- Agravo provido.

(TRF 2ª Região, Quarta Turma Especializada, Processo n. 2008.02.01.011136-6, Rel. Desembargador Federal Luiz Antônio Soares, j. 16.03.2010, DJe 15.04.2010).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao presente agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, visto que a r.decisão agravada se encontra em confronto com a jurisprudência dominante, determinando-se a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00002 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021327-64.2009.4.03.0000/MS
2009.03.00.021327-6/MS

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES

AGRAVANTE : JOAO ALVES DIAS

ADVOGADO : RUY VALIM DE MELO JUNIOR

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE PARANAIBA MS

No. ORIG. : 07.00.03306-1 2 Vr PARANAIBA/MS

DESPACHO

Vistos fls. 86/101.

Determino à agravada que se manifeste sobre a pertinência da petição acima mencionada, recentemente apresentada aos autos, uma vez que versa sobre processo em que a decisão de 1º grau teria determinado o bloqueio de ativos financeiros e deixado de autorizar o levantamento de depósitos em razão da adesão da contribuinte ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/09, hipótese que, à primeira vista, não se aplica ao presente recurso.

Intimem-se.

Após, remetam-se os autos conclusos.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006037-14.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.006037-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

AGRAVADO : ENGEMIX S/A

ADVOGADO : RODRIGO MAURO DIAS CHOHI

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 96.05.37623-7 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Fls. 349/350. A agravante interpôs embargos de declaração pretendendo ver juntado aos autos o voto vencido, integrando-o ao V. Acórdão embargado.

Tendo sido juntado aos autos o voto vencido (354/355), restou atendido o pedido formulado nos embargos de declaração.

Ante o exposto, julgo prejudicados os embargos de declaração interpostos.

Após o prazo e não interposto recurso, certifique-se o trânsito em julgado e proceda-se à baixa definitiva dos autos.

Int.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032811-42.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032811-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
AGRAVANTE : LAJES GUARAPUA LTDA
ADVOGADO : LUÍS RICARDO FERNANDES DE CARVALHO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE DOIS CORREGOS SP
No. ORIG. : 00.00.00006-2 1 Vr DOIS CORREGOS/SP

DECISÃO

Promova a agravante, no prazo de 48 horas, o recolhimento das custas e também do porte de retorno na Caixa Econômica Federal, em conformidade com a Resolução n. 278/07 do Conselho de Administração deste Tribunal, sob pena de negativa de seguimento do agravo.

Após, remetam-se conclusos os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0064622-25.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.064622-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CARLOS DE ALMEIDA PRADO
ADVOGADO : SERGIO TABAJARA SILVEIRA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2003.61.82.026545-9 8F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face de r. decisão que, em autos de execução fiscal, suspendeu a realização de leilão de bem penhorado, em razão da alegação do executado referente à existência de nulidade, decorrente da ausência de nomeação de depositário do imóvel penhorado, que teria obstaculizado a oposição de embargos à execução.

Alega a agravante, em síntese, que o executado recusou a incumbência de depositário e não assinou a intimação da penhora, o que demonstra que tomou conhecimento da constrição, tendo ocorrido sua intimação tácita.

Decorrido o prazo para a apresentação da contraminuta.

Decido.

O presente recurso deve ser decidido com base no artigo 557, § 1º-A, CPC, dado que a r. decisão agravada está em manifesto confronto com a legislação aplicável, com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte.

Com efeito, verifico, consoante certidão do Oficial de Justiça (fl. 25), que, quando do cumprimento do mandado de penhora, intimação e avaliação, o executado negou-se a figurar como depositário do bem, bem como a assinar a intimação da penhora.

Diante da fé pública que possui o sr. Oficial de Justiça Avaliador, conclui-se que, efetivamente, o executado foi intimado da penhora, apenas recusou-se a assinar o termo formal.

Sendo assim, a alegada nulidade de penhora deveria estar acompanhada de elementos que ilidissem a presunção de veracidade da certidão, o que não ocorreu no caso, motivo pelo qual há que se considerá-la como devidamente aperfeiçoada.

Nesse sentido destaco julgados do Colendo STJ:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE PENHORA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. SÚMULA 07/STJ, FALTA DE REGISTRO E DE AVALIAÇÃO. NULIDADE DA PENHORA. INOCORRÊNCIA.

I - O Tribunal a quo decidiu que o representante legal da empresa foi devidamente intimado do auto de penhora e, assim, para se chegar a conclusão diversa, seria necessário o reexame do contexto fático-probatório dos autos, vedado em sede de recurso especial. Incidência, na espécie, da Súmula 07/STJ.

II - "A ausência da avaliação do bem nomeado não acarreta, por si só, a nulidade do termo de penhora, posto que constitui simples irregularidade formal, podendo ser sanada a qualquer tempo" (REsp nº 337.004/RS, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 25/02/2002).

III - Não há se falar em nulidade do auto de penhora em face da inexistência de registro, eis que o agravante é o proprietário do imóvel, tendo pleno conhecimento da existência de penhora sobre o bem.

IV - Agravo regimental improvido."

(STJ, 1ª Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, AGRESP nº 200401722171, v.u., DJE 17/10/2005)

"PROCESSO CIVIL. NULIDADE. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. FÉ PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA.

1. "A certidão do oficial de justiça tem fé pública e só pode ser desacreditada por meio de prova robusta a contraditória" (HC n. 10.250/SP, relator Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 28.2.2000).

2. Recurso especial improvido".

(STJ, 2ª Turma, Relator João Otávio de Noronha, RESP nº 200300930139, v.u., DJE 26/02/2007)

"PENHORA. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ASSINATURAS DO EXECUTADO, DE SUA MULHER E DO DEPOSITÁRIO. RECUSA DOS MESMOS EM FIRMAR O AUTO. FÉ PÚBLICA DA CERTIDÃO LAVRADA PELO MEIRINHO. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PLENAMENTE JUSTIFICADO.

- Ausência de assinaturas no auto de penhora em virtude da recusa do executado (depositário) e de sua mulher de o fazerem após a leitura feita pelo oficial de justiça. Certidão do meirinho que goza de fé pública. Argüição da irregularidade apenas após o julgamento da apelação, em sede de aclaratórios. Inexistência de afronta aos arts. 664 e 665, inc. IV, do CPC. - Mantém-se a multa prevista no art. 538, § único, da lei processual civil, quando justificado pelo Acórdão o cunho manifestamente protelatório dos embargos de declaração. Matéria nova aventada pelo devedor, sem que no ponto o tenha sido para fins de prequestionamento. Recurso especial não conhecido."

(STJ, 4ª Turma, Relator Barros Monteiro, RESP nº 199700167780, v.u., DJE 05/06/2000)

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao presente agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, visto que a r.decisão agravada se encontra em manifesto confronto com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035500-59.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035500-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
AGRAVANTE : MORRO VERMELHO TAXI AEREO LTDA
ADVOGADO : TANIA MARIA DO AMARAL DINKHUYSEN e outro
AGRAVADO : Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuaria INFRAERO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00203593320104036100 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação de rito ordinário ajuizada com o objetivo de afastar a adoção de medidas para retomar a posse de área aeroportuária (hangar), cujo termo final do contrato de arrendamento é 31.03.2012, indeferiu a antecipação de tutela pleiteada.

Alega a agravante, em síntese, que há previsão contratual de que os investimentos realizados em edificações e benfeitorias permanentes no imóvel devem ser amortizados com o aluguel durante a vigência do contrato, de forma que a amortização integral do montante investido somente ocorreria em 30.09.2016. Afirma, portanto, ser imprescindível a prorrogação do contrato mencionado, para que não lhe seja causado graves prejuízos. Requer a concessão de efeito suspensivo e, por fim, a reforma da decisão recorrida.

É o relatório. Decido.

A sistemática do agravo de instrumento vem sendo objeto de sucessivas alterações pelo legislador pátrio, todas elas impelidas pela necessidade premente de descongestionar as instâncias revisionais, permitindo-se, dessarte, o célere exame dos recursos dotados de devolutividade plena - notadamente apelações - de forma a cumprir-se a contento o dever do Estado-juiz de pacificação social.

Não por acaso, a partir da reforma introduzida no CPC pela Lei n. 10.352/2001, restou consagrada de maneira definitiva a excepcionalidade do agravo pela via de instrumento, o que somente há de se admitir, na letra do art. 527, inciso II, nos casos de provisão jurisdicional de urgência, de evidente perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, ou ainda na hipótese de inadmissão de apelação ou de decisão relativa aos efeitos em que o apelo é recebido. Ausentes os pressupostos autorizadores do manejo do agravo na forma instrumental, impõe-se, *ex vi legis*, a conversão do recurso para a forma retida, de modo a ser apreciada a questão agravada quando do exame do recurso principal a ser submetido oportunamente ao crivo da Corte.

Convém ressaltar que tal orientação ganhou força com o advento da Lei n. 11.187/2005, que veio para subtrair a discricionariedade antes conferida ao relator no que tange à conversão do agravo de instrumento em retido. Doravante, ausentes os pressupostos de admissão do agravo de instrumento, a conversão do agravo em retido é medida que se impõe, em decisão monocrática, ademais, irrecurável.

Assim, estabelecidas tais premissas, verifico que *in casu* não se me afiguram presentes as circunstâncias legais que autorizam o manejo do agravo na forma de instrumento, sendo caso, portanto, de conversão da medida intentada para a modalidade retida. Não há irreparabilidade ou urgência a justificar a via excepcional preferida pela parte, cabendo na espécie a postergação da análise da matéria agravada à ocasião do julgamento do recurso principal, se o caso. Nesses termos, assim já se manifestou esta Egrégia Terceira Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO DE CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. ARTIGO 527, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS E EVIDÊNCIAS CONCRETAS DA EXIGÊNCIA DE PROVISÃO JURISDICIONAL DE URGÊNCIA OU DE PERIGO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Caso em que, com base na legislação vigente, a decisão, ora agravada, à luz do caso concreto, identificou tanto os requisitos permissivos, como a inexistência de impedimento legal, à retenção do agravo de instrumento.

2. O agravo de instrumento -- como agora, igualmente, o agravo inominado --, não deduziu fundamentação, e tampouco prova, específica de periculum in mora, para justificar a tramitação do recurso como interposto. O ônus da alegação e da prova quanto a requisitos de admissibilidade do recurso, assim como para o deferimento de antecipação de tutela, é da agravante, não sendo possível presumir o "perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação", porque este, na essência, tem vinculação, pela sua própria natureza jurídica, com dados e fatos da realidade da agravante.

3. A impugnação, objeto deste agravo inominado, no que concerne ao periculum in mora, vem fundada em danos abstratos e genéricos, e sem qualquer enfoque ou dado individual, concreto, material e específico, devidamente demonstrado, a impedir, pois, que sejam elididos os motivos determinantes da retenção: caso em que a manutenção da decisão proferida na origem, mesmo desde a interposição do agravo de instrumento, não foi capaz de gerar, à míngua de prova, risco e, menos ainda, lesão grave e de difícil ou incerta reparação. [...]

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, AG 227.142/SP, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 10.07.2008, DJF3 22.07.08).

Ante o exposto, com fulcro no art. 527, II, do CPC, determino a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para pensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00007 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037470-65.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.037470-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : DIBENS LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 20 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2006.61.00.015716-0 20 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a ação ordinária já foi decidida, tendo sido proferida sentença, restando prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00008 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034590-32.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034590-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : JOAO BATISTA DA SILVA
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO BONFIM
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : LASTOTEC IND/ DE ARTEFATOS DE BORRACHA LTDA e outros
: REINALDO GUALTIERI
: ADIRCO GUASSI
: RUBENS CARLOS GUALTIERI
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE SUMARE SP
No. ORIG. : 09.00.01306-1 A Vr SUMARE/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa ao agravante.

Decido.

Verifica-se que o recurso não reúne condições para seu regular seguimento, tendo em vista a sua intempestividade.

Compulsando os autos, nota-se que o agravante foi intimado da decisão agravada em 7 de dezembro de 2009, conforme certidão de disponibilização no Diário da Justiça Eletrônico a fls. 64. Ocorre que o agravo de instrumento foi interposto neste Tribunal em 8 de novembro deste ano, ou seja, quando já ultrapassado o prazo estabelecido no artigo 522 do Código de Processo Civil.

No caso, não há como considerar a data do protocolo do recurso no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo em vista que a decisão agravada foi proferida por juízo estadual no exercício da competência delegada e, nos termos do artigo 108, II, da Constituição Federal, a competência para julgar o recurso dela decorrente é do Tribunal Regional Federal.

Assim, conforme precedentes (STJ, AgRg no AG 740094/SP, Relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJ 22/5/2006, e TRF - 3ª Região, AG n. 2005.03.00.075083-5, Terceira Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 1/10/2009, DJ 14/10/2009), a interposição do agravo de instrumento perante tribunal diverso constitui erro grosseiro, devendo ser aferida a tempestividade apenas pela data do protocolo no tribunal ao qual deveria ser dirigido o recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo de instrumento, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00009 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0097335-53.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.097335-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Ministerio Publico Federal e outro
: Agencia Nacional do Petroleo Gas Natural e Biocombustiveis ANP
PROCURADOR : ANDRE LIBONATI e outro
AGRAVADO : TREVAO AUTO POSTO DE GUAICARA LTDA
ADVOGADO : CRISTIANE GARDIOLO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SJJ - SP
No. ORIG. : 2005.61.08.003636-2 3 Vr BAURU/SP
DESPACHO

Manifeste-se a parte agravante, em 5 dias, acerca do interesse no prosseguimento do recurso, tendo em vista as informações fornecidas pelo MM. Juízo *a quo* mediante ofício constante a fls. 75/82, no sentido de que a ação civil pública foi julgada extinta, com base no artigo 267, inciso VI, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido *in albis* o prazo, após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00010 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034557-42.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034557-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : LUCIANO FARIA GONCALVES ROSAS
ADVOGADO : KARINA GESTEIRO MARTINS e outro
AGRAVADO : Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis IBAMA
ADVOGADO : MAURÍCIO ROBERTO YOGUI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00181620820104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUCIANO FARIA GONÇALVES ROSAS, em face de decisão que, em mandado de segurança, indeferiu a liminar visando: a) suspensão do termo de apreensão n. 566558, b) imediata liberação da madeira apreendida, de forma a possibilitar a sua comercialização mediante devolução dos respectivos créditos no sistema DOF- Documento de Origem Florestal e c) a permissão para movimentação da madeira de volta ao pátio do impetrante.

Alega o agravante, em síntese, que: a) confeccionou componentes de instrumentos musicais em madeira e transportou-os do pátio virtual do sistema de Controle de Madeira - DOF, em Pirassununga, para o Aeroporto Internacional de Guarulhos, conforme notas fiscais ns. 120195 e 120196 e DOF's 04041308 e 04041415; b) referidas notas fiscais foram emitidas pela Superintendência do Trabalho Artesanal nas Comunidades - SUTACO; c) realiza toda a transformação da madeira em sua residência de forma artesanal, situação não abrangida pelo sistema DOF, motivo pelo qual solicitou ao IBAMA a conversão de toretes em ripas e lâminas; d) referida autarquia emitiu os DOF's 04071245 e 04071309 para convalidação da situação; e) o IBAMA lavrou o auto de infração n. 522450 e 566558 por suposto transporte de mercadorias sem DOF válido, aplicando multa, bem como apreendendo toda a mercadoria; f) apresentou defesa administrativa, mas não houve qualquer manifestação da agravada até o momento; g) toda a madeira foi adquirida legalmente; e h) a madeira lançada no sistema DOF como torete na verdade correspondia a lâminas e ripas, motivo pelo qual, após a conversão no sistema efetuada pelo IBAMA, a volumetria permaneceu a mesma.

Requer a antecipação da tutela recursal, para que se suspendam todos os efeitos da apreensão n. 566588 e a liberação da madeira apreendida de forma a possibilitar a sua comercialização mediante devolução dos créditos de madeira no sistema DOF.

Decido.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, não vislumbro a presença de um dos pressupostos necessários à concessão da antecipação da tutela recursal pleiteada, previstos no artigo 558, do Código de Processo Civil, qual seja, a relevância na fundamentação do direito.

Inicialmente, afastado a alegação da autoridade coatora no sentido de que as notas fiscais emitidas pela Superintendência do Trabalho Artesanal nas Comunidades - SUTACO embasariam a atuação, em razão da sua participação "exótica". Isso porque, a SUTACO é uma autarquia vinculada à Secretaria do Emprego e Relações do Trabalho - SERT, do Governo do Estado de São Paulo, criada com a finalidade de oferecer oportunidade de geração de emprego e renda aos artesãos.

E inclui-se na área de atuação da SUTACO a emissão de nota fiscal ao artesão regularmente cadastrado, possibilitando a formalização da atividade comercial.

Assim, não se vislumbra qualquer irregularidade nas notas fiscais emitidas pela referida autarquia na operação de venda realizada pelo impetrante.

Passo ao exame do termo de apreensão da mercadoria.

Conforme autos de infração ns. 522450 e 566558, o impetrante foi autuado por "*transportar 0,388 m2 de madeira serrada da essência nativa Jacarandá da Bahia, Dalbergia nigra, sem licença válida outorgada pela autoridade competente*".

Foi aplicada pena de multa no valor de R\$ 300,00 e apreensão da mercadoria, nos termos do artigo 47 do Decreto n. 6.514/2008 e parágrafos.

De fato, diz o referido artigo que:

"Art. 47 Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira serrada ou em tora, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Multa de R\$ 300,00 (trezentos reais) por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico aferido pelo método geométrico.

§ 1º Incorre nas mesmas multas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente ou em desacordo com a obtida.

§ 2º Considera-se licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento aquela cuja autenticidade seja confirmada pelos sistemas de controle eletrônico oficiais, inclusive no que diz respeito à quantidade e espécie autorizada para transporte e armazenamento.

§ 3º Nas infrações de transporte, caso a quantidade ou espécie constatada no ato fiscalizatório esteja em desacordo com o autorizado pela autoridade ambiental competente, o agente autuante promoverá a autuação considerando a totalidade do objeto da fiscalização.

§ 4º Para as demais infrações previstas neste artigo, o agente autuante promoverá a autuação considerando o volume integral de madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal que não guarde correspondência com aquele autorizado pela autoridade ambiental competente, em razão da quantidade ou espécie."

E, compulsando os autos, temos que:

a) o impetrante transportou em 1/6/2010, conforme notas fiscais ns. 120195 e 120196 e DOF's 04041308 e 04041415, lâminas e ripas, embora os DOF's indicassem toretes, em razão de o ora agravante não ter acesso ao sistema DOF a fim de efetuar a conversão;

b) requisitou ao IBAMA a conversão referida em 7/6/2010 (fls. 73), posteriormente ao respectivo transporte, tendo a autarquia emitido os DOF's 04071309 e 04071245 em substituição aos anteriores - DOF's 04041308 e 04041415 (fls. 74/75);

c) foi autuado em 10/6/2010, por transportar madeira, sem licença válida; e

d) apresentou defesa administrativa (processo n. 02027.000678/2010-88) que, segundo relata o impetrante, não foi analisada até o momento.

Assim, verifica-se que o impetrante transportou madeiras em desacordo com a licença obtida, tendo em vista que os DOF's anteriormente emitidos (04041308 e 04041415, fls. 51/52) eram específicos para transporte de **toretos**, e, conforme informa o próprio impetrante, na verdade conduziu **lâminas e ripas**, ou seja, material diverso do previsto na licença, incorrendo na penalidade prevista na legislação ambiental (artigo 47 do Decreto n. 6.514/2008).

Outrossim, o fato de o próprio impetrante não poder efetuar a conversão no sistema DOF de toretes para lâminas e ripas não justificaria a irregularidade, pois poderia ter solicitado tal conversão ao IBAMA no momento oportuno, nos termos do artigo 29 da Instrução Normativa n. 112/2006 da referida autarquia.

Vislumbra-se, portanto, que a atuação do IBAMA aparentemente ocorreu em observância à legislação acerca da matéria, ao princípio da liberdade econômica responsável e compatível com o equilíbrio ecológico, eis que cabe a ele exercer o poder de polícia administrativa, com a finalidade de planejar, executar e fazer executar a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente.

Portanto, havendo dúvidas quanto à regularidade do produto, deve ser observado o princípio da precaução, basilar do direito ambiental. Segundo tal princípio, na hipótese de perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para se postergar a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental. Daí porque a imprescindibilidade de que o agravante tivesse promovido o transporte das madeiras com os correspondentes DOFs.

Veja-se a respeito o seguinte precedente:

"DIREITO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO LIMINAR. IBAMA. ATO ADMINISTRATIVO. TERMO DE APREENSÃO, DEPÓSITO, EMBARGO E INTERDIÇÃO. TRANSPORTE DE MADEIRA SEM OS DOCUMENTOS DE ORIGENS FLORESTAIS. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Ausentes os requisitos que autorizam a concessão da liminar. O IBAMA é o órgão executor da Política Nacional do Meio Ambiente, estando os seus agentes investidos do poder de polícia, nos termos da Portaria n. 1.273/1998 (Fls. 261/280).

2. Independente da existência de conflito na região, imprescindível que o agravante tivesse promovido o transporte das madeiras, com os correspondentes Documentos de Origens Florestais em respeito ao princípio da precaução.

3. Inexistência de culpa da Administração pela ausência dos DOF's, uma vez que a própria agravante informa que os mesmos foram apresentados em menos de vinte e quatro horas após a apreensão (Fl. 9).

4. Agravo de instrumento improvido"

(TRF - 1ª Região, AG n. 2006.01.00.045858-8, Oitava Turma, Relator Juiz Federal Cleberson José Rocha, j. 30/1/2009, DJ 20/2/2009)

Ante o exposto, **indefiro** a antecipação da tutela recursal pleiteada.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

Após, ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00011 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0061219-87.2003.4.03.0000/SP
2003.03.00.061219-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : ALFHEU ESPINOSA
ADVOGADO : SHEILLA DA SILVA PINTO RIÇA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 96.00.02435-9 4 Vr SAO PAULO/SP

Decisão

Fls. 70/73. Exerço o juízo de retratação para reconsiderar a decisão de fls. 64 dos autos, que deu provimento ao agravo de instrumento.

Com efeito, melhor analisando os autos, verifico que a decisão objeto de agravo de instrumento entendeu correta a atualização monetária e incidência de juros sobre o depósito judicial, na forma como calculada pela Caixa Econômica Federal, de modo que a decisão monocrática a fls. 64 - no sentido de que a discussão acerca da correção monetária sobre os depósitos judiciais independe de ação própria - deve ser reformada, por estar dissociada do objeto do agravo. Passo à análise do agravo de instrumento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ALFHEU ESPINOSA em face de decisão que, em mandado de segurança transitado em julgado, indeferiu o pedido do autor de determinação à CEF para pagamento da diferença do montante a título de correção monetária do depósito judicial, por entender correto o cálculo do banco depositário.

Alega o agravante, em síntese, que a CEF está legalmente obrigada a corrigir monetariamente os depósitos, até a data do efetivo levantamento pelo interessado. Sustenta que a legislação aplicável ao caso prevê a incidência de correção monetária e juros, o que não foi observado pelo banco depositário.

Requer a atualização do depósito judicial efetuado em conta vinculada ao juízo, "*incidindo sobre todo o período do depósito a correção pela caderneta de poupança (inclusive juros) e, a partir de 1º de janeiro de 1996, em conformidade ao § 3º, inciso I, do art. 1º da Lei n. 9.703, de 17.11.98, combinado com o § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995*" (fls. 25).

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, estando sedimentada a jurisprudência sobre a matéria em discussão.

No ofício n. 3399/03, a Caixa Econômica Federal esclareceu que os valores depositados em juízo em conta específica foram remunerados com base em legislações que regem os depósitos judiciais.

No referido ofício, foi noticiado que:

"2.1 Informamos que os depósitos efetuados até Julho/96 foram remunerados conforme determinava o Decreto-Lei n. 1737/79, que explicava em seu artigo 3º o não pagamento de juros (vide cópia). A partir de julho/96, os depósitos passaram a ser remunerados conforme Lei 9289/96, artigo 11, parágrafo 1º, que determina as mesmas regras das cadernetas de poupança, no que se refere à remuneração básica e ao prazo, também não determinando pagamento de juros.

3. Em dezembro/98 entrou em vigor a Lei 9703/98, que determina atualização pela Selic, porém, apenas para os depósitos efetuados através de DARF-depósito, cujos valores apenas são recebidos pela CEF e automaticamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional.

3.1. A conta citada não enquadrava-se no item anterior, portanto foi atualizada conforme descrito nos itens 2 e 2.1." (fls. 39)

Pelo que se depreende dos autos, corretas as conclusões da Caixa Econômica Federal. Vejamos.

O Decreto-Lei n. 1.737/1979 disciplinou que os depósitos judiciais relacionados aos feitos de competência da Justiça Federal seriam obrigatoriamente efetuados perante a Caixa Econômica Federal, nos termos do artigo 1º, inciso I:

"Art. 1º. Serão obrigatoriamente efetuados na Caixa Econômica Federal, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, ao portador, os depósitos:

I - relacionados com feitos de competência da Justiça Federal;"

De acordo com o artigo 3º do decreto supramencionado, os depósitos judiciais não venceriam juros, *verbis*:

"Art. 3º. Os depósitos em dinheiro de que trata este Decreto-Lei não vencerão juros."

Sobre o assunto, o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula 257:

"Não rendem juros os depósitos judiciais na Caixa Econômica Federal a que se referem o Dec.-Lei 759/69, art. 16, e o Dec.-Lei 1.737/79, art. 3º."

Após, com o advento da Lei n. 9.289/1996, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau, o depósito judicial passou a ser remunerado pelas mesmas regras da Caderneta de Poupança, como previsto no artigo 11, § 1º, *in verbis*:

"Art.11. Os depósitos de pedras e metais preciosos e de quantias em dinheiro e a amortização ou liquidação de dívida ativa serão recolhidos, sob responsabilidade da parte, diretamente na Caixa Econômica Federal, ou, na sua inexistência no local, em outro banco oficial, os quais manterão guias próprias para tal finalidade.

§1º Os depósitos efetuados em dinheiro observarão as mesmas regras das cadernetas de poupança, no que se refere à remuneração básica e ao prazo."

Citado dispositivo legal também não dispõe sobre incidência de juros nos depósitos judiciais.

Posteriormente, houve a edição da Lei n. 9.703/1998, fixando a aplicação da taxa Selic nos depósitos judiciais e extrajudiciais recebidos pela CEF e automaticamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional, para aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998.

Na hipótese, verifica-se que a empregadora efetuou depósito judicial do imposto de renda sobre verbas trabalhistas com objetivo de suspender a exigibilidade do crédito em 14/2/1996 (fls. 26), na vigência do Decreto-Lei n. 1.737/1979.

A partir de julho/1996, os depósitos passaram a ser remunerados conforme a Lei n. 9.289/1996, que determinava que se seguissem as mesmas regras das cadernetas de poupança, sem a inclusão de juros.

E, pelo que se depreende do ofício da CEF, o montante depositado já foi atualizado nos referidos termos (fls. 39), não havendo diferenças a serem calculadas.

Quanto à aplicação da Lei n. 9.703/1998, embora o valor tenha sido levantando em 18/8/1999 (fls. 26), o depósito em questão não se submete à tal regramento, eis que, pelo que consta dos autos, não houve transferência do valor para Conta Única do Tesouro.

Vejam-se a respeito os seguintes precedentes:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. INCIDÊNCIA DE JUROS. DEPÓSITOS EFETUADOS EM 1993. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 1.737/79. 1. Os depósitos judiciais, de competência da Justiça Federal eram efetuados na Caixa Econômica Federal, sob a égide do Decreto-Lei nº 1.737/79.

2. O art. 3.º, do Decreto-Lei nº 1.737/79, não prevê a incidência de juros nos depósitos judiciais efetuados na Caixa Econômica Federal.

3. Somente com o advento da Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau, é que o depósito judicial passou a ser remunerado pelas mesmas regras da Caderneta de Poupança (art. 11, §1º).

4. E, com a edição da Lei nº 9.703/98, a taxa Selic passou a ser aplicável aos depósitos judiciais e extrajudiciais, dispondo no §4º do seu art. 1º, que os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição e aplicáveis aos depósitos efetuados a partir de 1º de dezembro de 1998.

5. Na hipótese sub judice, ao que consta dos autos, os depósitos, em nome do ora agravante, foram efetuados em 10/11/93 e 03/12/93, conforme guias de fls. 51 e 56, sob a égide do Decreto-Lei nº 1.737/79, pelo que se submetem às regras nele fixadas.

6. Agravo de instrumento improvido."

(TRF - 3ª Região, AI n. 2003.03.00.0017992-8, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 30/9/2010, DJ 8/10/2010)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEPÓSITO JUDICIAL. IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE VERBA ORIUNDA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DECRETO-LEI Nº1. 737/79 E LEI Nº9. 289/96.

1. De acordo com os documentos juntados aos autos, o imposto de renda incidente sobre valores recebidos pelo agravante em razão de rescisão de contrato de trabalho, foi depositado na Caixa Econômica Federal na data de 04/11/1. 994 e levantado na data de 06/05/1. 997.

2. A Caixa Econômica Federal em resposta a ofício enviado pelo Juízo de Origem informou que os depósitos efetuados até julho/1996 foram remunerados conforme determinava o Decreto-Lei nº1.737/79, que explicitava em seu artigo 3º o não pagamento de juros. A partir de julho/1996, os depósitos passaram a ser remunerados conforme a Lei nº9. 289/96, artigo 11, parágrafo 1º, que determinava que se seguissem as mesmas regras das cadernetas de poupança, no que se refere à remuneração básica e ao prazo, também não determinando o pagamento de juros.

3. Em dezembro/1.998 entrou em vigor a Lei nº9. 703/98, que determinava atualização pela Selic, porém, apenas para os depósitos efetuados através de DARF-Depósito, cujos valores apenas são recebidos pela CEF e automaticamente repassados à Conta Única do Tesouro Nacional.

4. Resta evidente que o pleito do agravante não merece guarida, não se havendo falar em remuneração de depósito judicial com base nas Leis nºs 9.250/95 e 9.703/98.

5.O artigo 39, § 4º da Lei nº9. 250/95 trata da incidência da Selic relativamente ao instituto da compensação ou restituição do indébito tributário, o que não é o caso dos autos.
6.Noutro giro, não se há falar na aplicação da Lei nº9. 703/98, eis que referida espécie normativa não se encontrava em vigência quando da efetivação e levantamento dos depósitos (04/11/1994 e 06/05/1997, respectivamente).
7.Agravo de instrumento a que se nega provimento."
(TRF - 3ª Região, AI n. 2003.03.00.061220-0, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, j. 6/5/2010, DJ 17/5/2010)

Outro precedente: TRF - 3ª Região, AI n. 2009.03.00.000825-5, Quinta Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. 18/5/2009, DJ 3/6/2009.

Dessa forma, deve ser prestigiada a decisão agravada.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo de instrumento, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, julgando prejudicado o agravo inominado a fls. 70/73.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00012 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032217-28.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032217-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de Sao Paulo
: CREA/SP
ADVOGADO : JORGE MATTAR e outro
AGRAVADO : WASHINGTON RAMOS FILHO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00344424120064036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo CREA/SP em face de decisão que, em execução fiscal, rejeitou os embargos infringentes opostos em face de sentença extintiva de execução fiscal que não superou o valor de alçada.

Alega o agravante, em síntese, que: a) ajuizou execução fiscal pleiteando o recebimento das anuidades referentes aos exercícios de 2000 e 2001, tendo sido proferida sentença, julgando extinto o processo, em razão da ausência do interesse de agir, face ao valor do crédito exequendo; b) interpôs apelação em face dessa sentença, a qual foi indevidamente recebida como embargos infringentes, pois o valor da ação executiva ultrapassa o patamar de 50 OTNs, previsto no artigo 34 da Lei nº 6.830/1980; c) com o fim da ORTN houve a transformação dessa unidade de referência em UFIR, até sua extinção em dezembro de 2000; d) considerando-se que 50 ORTNs equivalem a 308,50 UFIRs, que perfazem a quantia de R\$ 328,27, o valor da execução é superior ao valor de alçada.

Requer o provimento do recurso para que o recurso de apelação seja recebido e processado regularmente.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Isso porque, o art. 34 da Lei nº 6.830/80 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil.

A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi justamente impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Prevê o indigitado dispositivo:

"Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.
§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição."

Nesses termos, em face de decisão que rejeita ou acolhe embargos infringentes cabe recurso especial ou extraordinário, ou, ainda, embargos de declaração, conforme artigo 535 e seguintes do CPC. Em se tratando de decisão teratológica, caberia, ainda, a impetração de mandado de segurança.

Veja-se a respeito o seguinte julgado:

"AGRAVO INOMINADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO - ART. 557, CAPUT, CPC - EXECUÇÃO FISCAL - VALOR IRRISÓRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - REJEIÇÃO - RECEBIMENTO COMO APELAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - RECURSO IMPROVIDO.

Agravo regimental recebido como agravo inominado, em nome do princípio da fungibilidade.

O art. 34 da Lei nº 6.830/80 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil. A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Da decisão que rejeitar - ou acolher - os embargos infringentes cabe tão-somente recurso especial ou extraordinário, se a causa versar sobre questão constitucional; embargos de declaração, nos casos previstos no art. 535, CPC, ou ainda, na hipótese de decisões teratológicas, a impetração de mandado de segurança. Inadmissível a interposição de agravo de instrumento.

Ainda que a jurisprudência dos tribunais aceite, em razão do princípio da fungibilidade, a interposição da apelação ao invés da oposição dos embargos infringentes, na hipótese dos autos, a ora recorrente optou pelo inverso, ou seja, apresentou os embargos e depois de julgados esses pelo Juízo sentenciante, órgão jurisdicional competente para o processamento e julgamento dos embargos infringentes, segundo a legislação vigente, pretende a agravante que seu recurso seja novamente julgado, agora como apelação.

Operou-se a preclusão consumativa quando lançou mão dos embargos infringentes.

Quanto à reunião dos processos, não há pedido expresso na minuta do agravo de instrumento.

Agravo improvido."

(TRF - 3ª Região, Agravo inominado no AI n. 2008.03.00.013345-8, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 24/7/2008, DJ 26/8/2008)

Outro precedente: TRF - 3ª Região, agravo inominado no AI n. 0013367-91.2008.4.03.0000, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, j. 2/9/2010, DJ 27/9/2010.

Logo, o agravo de instrumento não é o recurso adequado à hipótese, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade, por se tratar de erro grosseiro.

Sobre o assunto, veja-se o seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO.

1. Impõe-se o não-conhecimento pela alínea "a" porquanto o Tribunal de origem não analisou a questão à luz dos arts. 184 e 241, inciso II, do CPC, reputados como violados pelo recorrente. Ausente o necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. Tampouco pode ser conhecido o presente recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico e nem apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, deixou de demonstrar as circunstâncias identificadoras da discordância entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

3. Ainda que assim não fosse, por ser interlocutória a decisão que julga procedente o pedido de exceção de incompetência - que é um incidente processual -, o recurso cabível ao caso é o agravo de instrumento. Assim, tendo em vista que o recurso interposto foi a apelação, trata-se de erro grosseiro, o que exclui a aplicação da fungibilidade. Recurso especial não-conhecido"

(STJ, REsp n. 625993, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 12/12/2006, vu, DJ 2/2/2007)

Outrossim, apesar de haver precedentes utilizando o princípio da fungibilidade no caso de interposição de apelação ao invés de embargos infringentes, esse não é o caso em exame, por se tratar de agravo de instrumento contra decisão que rejeita os embargos infringentes.

Sobre a inaplicabilidade do princípio da fungibilidade em casos de erro grosseiro, o Superior Tribunal de Justiça também já pacificou entendimento, valendo destacar o seguinte julgado: *"O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentaristas e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ: REsp n. 117.429/MG e REsp n. 126.734/SP."* (RESP 154764/MG, Segunda Turma, Relator Min. Adhemar Maciel, DJ 25/09/2000, p. 86)

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00013 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032233-79.2010.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
 AGRAVANTE : Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo
 CREA/SP
 ADVOGADO : JORGE MATTAR e outro
 AGRAVADO : EDUARDO SILVA LISBOA
 ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
 No. ORIG. : 00357666620064036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo CREA/SP em face de decisão que, em execução fiscal, rejeitou os embargos infringentes opostos em face de sentença extintiva de execução fiscal que não superou o valor de alçada.

Alega o agravante, em síntese, que: a) ajuizou execução fiscal pleiteando o recebimento das anuidades referentes aos exercícios de 2000 e 2001, tendo sido proferida sentença, julgando extinto o processo, em razão da ausência do interesse de agir, face ao valor do crédito exequendo; b) interpôs apelação em face dessa sentença, a qual foi indevidamente recebida como embargos infringentes, pois o valor da ação executiva ultrapassa o patamar de 50 OTNs, previsto no artigo 34 da Lei nº 6.830/1980; c) com o fim da ORTN houve a transformação dessa unidade de referência em UFIR, até sua extinção em dezembro de 2000; d) considerando-se que 50 ORTNs equivalem a 308,50 UFIRs, que perfazem a quantia de R\$ 328,27, o valor da execução é superior ao valor de alçada.

Requer o provimento do recurso para que o recurso de apelação seja recebido e processado regularmente.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Isso porque, o art. 34 da Lei nº 6.830/80 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil.

A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi justamente impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Prevê o indigitado dispositivo:

"Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. § 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição."

Nesses termos, em face de decisão que rejeita ou acolhe embargos infringentes cabe recurso especial ou extraordinário, ou, ainda, embargos de declaração, conforme artigo 535 e seguintes do CPC. Em se tratando de decisão teratológica, caberia, ainda, a impetração de mandado de segurança.

Veja-se a respeito o seguinte julgado:

"AGRAVO INOMINADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO - ART. 557, CAPUT, CPC - EXECUÇÃO FISCAL - VALOR IRRISÓRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - REJEIÇÃO - RECEBIMENTO COMO APELAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - RECURSO IMPROVIDO.

Agravo regimental recebido como agravo inominado, em nome do princípio da fungibilidade.

O art. 34 da Lei nº 6.830/80 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil. A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Da decisão que rejeitar - ou acolher - os embargos infringentes cabe tão-somente recurso especial ou extraordinário, se a causa versar sobre questão constitucional; embargos de declaração, nos casos previstos no art. 535, CPC, ou ainda, na hipótese de decisões teratológicas, a impetração de mandado de segurança. Inadmissível a interposição de agravo de instrumento.

Ainda que a jurisprudência dos tribunais aceite, em razão do princípio da fungibilidade, a interposição da apelação ao invés da oposição dos embargos infringentes, na hipótese dos autos, a ora recorrente optou pelo inverso, ou seja, apresentou os embargos e depois de julgados esses pelo Juízo sentenciante, órgão jurisdicional competente para o processamento e julgamento dos embargos infringentes, segundo a legislação vigente, pretende a agravante que seu recurso seja novamente julgado, agora como apelação.

Operou-se a preclusão consumativa quando lançou mão dos embargos infringentes.

Quanto à reunião dos processos, não há pedido expresso na minuta do agravo de instrumento.

Agravo improvido."

(TRF - 3ª Região, Agravo inominado no AI n. 2008.03.00.013345-8, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 24/7/2008, DJ 26/8/2008)

Outro precedente: TRF - 3ª Região, agravo inominado no AI n. 0013367-91.2008.4.03.0000, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, j. 2/9/2010, DJ 27/9/2010.

Logo, o agravo de instrumento não é o recurso adequado à hipótese, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade, por se tratar de erro grosseiro.

Sobre o assunto, veja-se o seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO.

1. Impõe-se o não-conhecimento pela alínea "a" porquanto o Tribunal de origem não analisou a questão à luz dos arts. 184 e 241, inciso II, do CPC, reputados como violados pelo recorrente. Ausente o necessário prequestionamento.

Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. Tampouco pode ser conhecido o presente recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico e nem apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, deixou de demonstrar as circunstâncias identificadoras da discordância entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

3. Ainda que assim não fosse, por ser interlocutória a decisão que julga procedente o pedido de exceção de incompetência - que é um incidente processual -, o recurso cabível ao caso é o agravo de instrumento. Assim, tendo em vista que o recurso interposto foi a apelação, trata-se de erro grosseiro, o que exclui a aplicação da fungibilidade.

Recurso especial não-conhecido"

(STJ, REsp n. 625993, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 12/12/2006, vu, DJ 2/2/2007)

Outrossim, apesar de haver precedentes utilizando o princípio da fungibilidade no caso de interposição de apelação ao invés de embargos infringentes, esse não é o caso em exame, por se tratar de agravo de instrumento contra decisão que rejeita os embargos infringentes.

Sobre a inaplicabilidade do princípio da fungibilidade em casos de erro grosseiro, o Superior Tribunal de Justiça também já pacificou entendimento, valendo destacar o seguinte julgado: *"O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentaristas e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ: REsp n. 117.429/MG e REsp n. 126.734/SP."* (RESP 154764/MG, Segunda Turma, Relator Min. Adhemar Maciel, DJ 25/09/2000, p. 86)

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00014 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032238-04.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032238-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo
CREA/SP
ADVOGADO : JORGE MATTAR e outro
AGRAVADO : CLAUDIO LUIS DA SILVA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00362126920064036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo CREA/SP em face de decisão que, em execução fiscal, rejeitou os embargos infringentes opostos em face de sentença extintiva de execução fiscal que não superou o valor de alçada.

Alega o agravante, em síntese, que: a) ajuizou execução fiscal pleiteando o recebimento das anuidades referentes aos exercícios de 2000 e 2001, tendo sido proferida sentença, julgando extinto o processo, em razão da ausência do interesse de agir, face ao valor do crédito exequendo; b) interpôs apelação em face dessa sentença, a qual foi indevidamente recebida como embargos infringentes, pois o valor da ação executiva ultrapassa o patamar de 50 OTNs, previsto no artigo 34 da Lei nº 6.830/1980; c) com o fim da ORTN houve a transformação dessa unidade de referência em UFIR, até sua extinção em dezembro de 2000; d) considerando-se que 50 ORTNs equivalem a 308,50 UFIRs, que perfazem a quantia de R\$ 328,27, o valor da execução é superior ao valor de alçada.

Requer o provimento do recurso para que o recurso de apelação seja recebido e processado regularmente.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil.

Isso porque, o art. 34 da Lei nº 6.830/80 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil.

A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi justamente impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Prevê o indigitado dispositivo:

"Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta)

Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição."

Nesses termos, em face de decisão que rejeita ou acolhe embargos infringentes cabe recurso especial ou extraordinário, ou, ainda, embargos de declaração, conforme artigo 535 e seguintes do CPC. Em se tratando de decisão teratológica, caberia, ainda, a impetração de mandado de segurança.

Veja-se a respeito o seguinte julgado:

"AGRAVO INOMINADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO - ART. 557, CAPUT, CPC - EXECUÇÃO FISCAL - VALOR IRRISÓRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - REJEIÇÃO - RECEBIMENTO COMO APELAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - RECURSO IMPROVIDO.

Agravo regimental recebido como agravo inominado, em nome do princípio da fungibilidade.

O art. 34 da Lei nº 6.830/80 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil. A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Da decisão que rejeitar - ou acolher - os embargos infringentes cabe tão-somente recurso especial ou extraordinário, se a causa versar sobre questão constitucional; embargos de declaração, nos casos previstos no art. 535, CPC, ou ainda, na hipótese de decisões teratológicas, a impetração de mandado de segurança. Inadmissível a interposição de agravo de instrumento.

Ainda que a jurisprudência dos tribunais aceite, em razão do princípio da fungibilidade, a interposição da apelação ao invés da oposição dos embargos infringentes, na hipótese dos autos, a ora recorrente optou pelo inverso, ou seja, apresentou os embargos e depois de julgados esses pelo Juízo sentenciante, órgão jurisdicional competente para o processamento e julgamento dos embargos infringentes, segundo a legislação vigente, pretende a agravante que seu recurso seja novamente julgado, agora como apelação.

Operou-se a preclusão consumativa quando lançou mão dos embargos infringentes.

Quanto à reunião dos processos, não há pedido expresso na minuta do agravo de instrumento.

Agravo improvido."

(TRF - 3ª Região, Agravo inominado no AI n. 2008.03.00.013345-8, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 24/7/2008, DJ 26/8/2008)

Outro precedente: TRF - 3ª Região, agravo inominado no AI n. 0013367-91.2008.4.03.0000, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado Rubens Calixto, j. 2/9/2010, DJ 27/9/2010.

Logo, o agravo de instrumento não é o recurso adequado à hipótese, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade, por se tratar de erro grosseiro.

Sobre o assunto, veja-se o seguinte precedente:

"RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO.

1. Impõe-se o não-conhecimento pela alínea "a" porquanto o Tribunal de origem não analisou a questão à luz dos arts. 184 e 241, inciso II, do CPC, reputados como violados pelo recorrente. Ausente o necessário prequestionamento.

Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. Tampouco pode ser conhecido o presente recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico e nem apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, deixou de demonstrar as circunstâncias identificadoras da discordância entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

3. Ainda que assim não fosse, por ser interlocutória a decisão que julga procedente o pedido de exceção de incompetência - que é um incidente processual -, o recurso cabível ao caso é o agravo de instrumento. Assim, tendo em vista que o recurso interposto foi a apelação, trata-se de erro grosseiro, o que exclui a aplicação da fungibilidade.

Recurso especial não-conhecido"

(STJ, REsp n. 625993, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 12/12/2006, vu, DJ 2/2/2007)

Outrossim, apesar de haver precedentes utilizando o princípio da fungibilidade no caso de interposição de apelação ao invés de embargos infringentes, esse não é o caso em exame, por se tratar de agravo de instrumento contra decisão que rejeita os embargos infringentes.

Sobre a inaplicabilidade do princípio da fungibilidade em casos de erro grosseiro, o Superior Tribunal de Justiça também já pacificou entendimento, valendo destacar o seguinte julgado: *"O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentadores e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ: REsp n. 117.429/MG e REsp n. 126.734/SP."* (RESP 154764/MG, Segunda Turma, Relator Min. Adhemar Maciel, DJ 25/09/2000, p. 86)

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00015 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015078-63.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.015078-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : ASSAI SERVICOS POSTAIS TELEMATICOS LTDA
ADVOGADO : FABIO SPRINGMANN BECHARA e outro
AGRAVADO : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ADVOGADO : MAURY IZIDORO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00077493320104036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por ASSAI SERVICOS POSTAIS TELEMATICOS LTDA. em razão de decisão que, em mandado de segurança, acolheu a impugnação ao valor da causa apresentada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, fixando o valor da causa em R\$ 4.592.800.000,00.

Alega a agravante, em síntese, que pleiteou no mandado de segurança a suspensão e posterior revogação da Licitação n. 4186/2009. Afirma que não há vantagem econômica, apenas pedido de revogação de licitação.

Requer a concessão da antecipação da tutela recursal, para que seja suspensa a decisão agravada.

Decido.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão parcial da antecipação da tutela recursal pleiteada, previstos no artigo 558, do Código de Processo Civil. Com efeito, não só a doutrina como também a jurisprudência têm se orientado no sentido de que o valor da causa em mandado de segurança deve corresponder ao benefício econômico pretendido, quando suscetível de avaliação (Precedentes desta Corte: AG n. 2003.03.00.019429-2, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 1/10/2003, v.u., DJ 17/10/2003; AG n. 2001.03.00.022948-0, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 13/8/2003, v.u., DJ 29/8/2003; AG n. 2002.03.00.001733-0, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Aricê Amaral, j. 18/2/2003, v.u., DJ 2/4/2003; AG n. 2001.03.00.014621-5, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, j. 23/10/2003, v.u., DJ 10/3/2003; AG n. 2000.61.14.000995-5, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, j. 22/10/2002, v.u., DJ 18/2/2003; e AG n. 2001.03.00.017892-7, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. 12/12/2001, v.u., DJ 18/10/2002).

In casu, pleiteia a impetrante a revogação do edital de Concorrência n. 4186/2009, bem como que sejam invalidados todos os atos administrativos eventualmente praticados. Dessa forma, a princípio, verifico que o conteúdo econômico é aferível de imediato, qual seja o valor do procedimento de licitação.

Veja-se a respeito os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - ART. 535, II, DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - LICITAÇÃO - QUESTIONAMENTO - IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA - VALOR DO CONTRATO - APLICAÇÃO DO ART. 259, V, DO CPC.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor da causa será o valor do contrato.

3. Recurso especial provido."

(STJ, RESP n. 1069823, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 26/5/2009, DJ 4/6/2009)

"ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONCESSÃO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS INTERESTADUAIS DE PASSAGEIROS. AÇÃO ANULATÓRIA. VÍCIO NO PROCEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. VALOR DA CAUSA. AGRAVO RETIDO.

1. Consoante precedentes jurisprudenciais do STJ e deste Tribunal, é cabível o agravo retido para atacar decisão que julga impugnação ao valor da causa (inteligência do inciso II do art. 527 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.352/2001).
 2. Agravo conhecido, mas desprovido, mantendo-se a decisão que fixou o valor da causa naquele correspondente ao do procedimento de licitação.
 3. Inexistência de vício, pela não-realização de audiência pública, em procedimento licitatório cujo valor não atinge 100 vezes o limite constante do art. 23, inciso I, alínea "c", da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993, art. 39).
 4. Sentença confirmada.
 5. Agravo retido e apelação desprovidos."
- (TRF - 1ª Região, AC n. 109819994013400, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, j. 19/7/2010, DJ 16/8/2010)

Cumprir observar que somente em casos excepcionais e residuais o conteúdo econômico da lide pode ser adotado com base em mera estimativa, como nas causas sem interesse patrimonial direto ou indireto envolvido ou nas causas em que a pretensão tiver valor absolutamente inestimável por um critério objetivo no momento da propositura da demanda. Ademais, vislumbro que a Lei n. 9.289/1996 estabelece que as custas são devidas em percentual sobre o valor da causa, fixando, entretanto, limite, acessível à impetrante (R\$ 1.915,38, segundo a Resolução 278/2007, do Conselho de Administração desta Corte).

Ante o exposto, **defiro parcialmente** a antecipação da tutela recursal, para que o valor da causa corresponda ao procedimento de licitação que pretende a impetrante anular (n. 4186/2009), e não à totalidade do valor objeto das licitações da ECT em andamento.

Comunique-se o MM. Juízo *a quo* para as providências cabíveis.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

Após, ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00016 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014652-51.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.014652-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : VIACAO BARAO DE MAUA LTDA
ADVOGADO : EDIVALDO NUNES RANIERI
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE MAUA SP
No. ORIG. : 00.00.00110-6 A Vr MAUA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por VIACAO BARAO DE MAUA LTDA. em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de suspensão da execução fiscal.

O MM. Juízo *a quo* observou que a executada deve dirigir-se à Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Santo André para optar pelos créditos que pretende parcelar, indicando o número de prestações, a fim de que a dívida seja consolidada.

Sustenta a agravante, em síntese, que aderiu ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009, o que acarreta a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do artigo 151, inciso VI, do CTN, independentemente da homologação da adesão.

Requer a concessão da antecipação da tutela recursal, para suspender a execução.

Decido.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão do efeito pleiteado, previstos no artigo 558 do CPC. Vejamos.

A empresa executada aderiu ao parcelamento da Lei n. 11.941/2009, de modo que o débito em questão aparentemente encontra-se com a exigibilidade suspensa, conforme artigo 151, inciso VI, do CTN.

Com efeito, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário incluído no parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009 foi reconhecida pela Lei n. 12.249/2010, nos seguintes termos:

"Art. 127. Até que ocorra a indicação de que trata o art. 5o da Lei no 11.941, de 27 de maio de 2009, os débitos de devedores que apresentaram pedidos de parcelamentos previstos nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, vencidos até 30 de novembro de 2008, que tenham sido deferidos pela administração tributária devem ser

considerados parcelados para os fins do inciso VI do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."

Outrossim, após a prolação da decisão agravada, foi editada a Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 3, de 29 de abril de 2010, a qual dispõe sobre a inclusão de débitos na modalidade de parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009.

Assim, informe a agravante, no Juízo de Origem, se houve manifestação quanto ao débito ora discutido, apresentando o respectivo comprovante, se o caso, para que seja mantida a decisão ora proferida, como posta.

Cumpra observar que a cópia da consulta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresenta como situação dos débitos "*ativa ajuizada aguard neg lei 11.941-c/parc ant-todos débitos atendem*" (fls. 259), o que reforça o acima relatado, no sentido de que a contribuinte deve informar os débitos incluídos no parcelamento, nos termos da Portaria supra.

Ante o exposto, **defiro** a tutela antecipada recursal, para determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos em discussão, até análise acerca do efetivo cumprimento pela contribuinte da Portaria Conjunta acima mencionada, no MM. Juízo de Primeiro Grau.

Comunique-se o MM. Juízo *a quo* para as providências cabíveis.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00017 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034224-90.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034224-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : USINA SANTA ISABEL LTDA

ADVOGADO : EMILIANE PINOTTI CARRARA AVILES e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S J RIO PRETO SP

No. ORIG. : 00068666820104036106 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DESPACHO

Regularize a recorrente o presente agravo de instrumento, efetuando o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno na instituição financeira competente, ou seja, Caixa Econômica Federal, nos termos do artigo 3º da Resolução n. 278, do Conselho da Administração desta Corte, publicada no Diário Oficial em 18 de maio de 2007.

Cumpra-se, em 5 dias, sob pena de negativa de seguimento.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00018 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032626-04.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032626-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS S/A

ADVOGADO : SILVIA FEOLA LENCIONI FERRAZ DE SAMPAIO e outro

AGRAVADO : FREIOS VARGA S/A

ADVOGADO : LUIZ ANTONIO CESAR ASSUNCAO e outro

PARTE RE' : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 00322582919904036100 17 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Ante a ausência de pedido de efeito suspensivo, intime-se a parte contrária para contraminutar.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
MARCIO MORAES

00019 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0095651-93.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.095651-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : IL PASTAIO PASTA FRESCA LTDA -ME
ADVOGADO : HERMES DE ASSIS VITALI
AGRAVADO : Instituto Nacional de Metrologia Normalizacao e Qualidade Industrial INMETRO
ADVOGADO : ALEXANDRA FUMIE WADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2005.61.82.031265-3 3F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Manifeste-se a agravante, em 5 dias, acerca do interesse no prosseguimento do recurso, tendo em vista as informações fornecidas pelo MM. Juízo *a quo* mediante Ofício constante a fls. 151/153, no sentido de que a embargante desistiu da apelação interposta.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido *in albis* o prazo, após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00020 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028853-48.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.028853-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
EMBARGANTE : AUTO POSTO BANDEIRA 1 LTDA
ADVOGADO : JOSÉ MISSALI NETO e outro
EMBARGADO : DECISÃO DE FLS.
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO CARLOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00018071920034036115 1 Vr SAO CARLOS/SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Vistos etc.

Trata-se de embargos de declaração contra decisão que, em razão do descumprimento da determinação de regularização do preparo do recurso, negou seguimento a agravo de instrumento, interposto contra rejeição da exceção de pré-executividade oposta, em execução fiscal, sob a alegação da ocorrência de decadência.

Alegou, em suma, a embargante que a decisão houve omissão, pois, quando intimada da determinação judicial, prestou esclarecimentos no sentido de que: (1) o artigo 2º da Lei nº 9.289/96 prevê a possibilidade de recolhimento de custas em outra instituição bancária, além da Caixa Econômica Federal, desde que oficial; (2) *"pela cópia do protocolo realizado na Justiça Federal de São Carlos-SP, pode-se constatar que o horário não permitia que o recolhimento fosse feito na agência (PAT) da CEF no interior daquele prédio, vez que o expediente bancário já havia se encerrado"*, sendo então, efetuado o recolhimento através do site eletrônico do Banco do Brasil, em valores e códigos corretos, o que se afigura suficiente à Secretaria da Receita Federal, já que, da mesma forma, a importância reverte aos cofres do Governo Federal; e (3) a "Diretora de Secretaria de protocolo" não manifestou qualquer irregularidade de tal recolhimento (artigo 3º da Lei nº 9.289/96); pelo que foi requerido o suprimento, inclusive com efeito infringente e para fins de prequestionamento, pronunciando-se expressamente sobre o *"caráter confiscatório da exação em tela"*.

DECIDO.

Os embargos de declaração devem ser rejeitados, pois inexistente qualquer omissão na decisão impugnada, pois, ao contrário do alegado, o caso concreto não se enquadra na exceção prevista no artigo 2º da Lei nº 9.289/96, que se refere ao recolhimento em outro banco oficial, desde que **não exista agência da Caixa Econômica Federal-CEF no local**.

Nem se alegue com o horário em que houve protocolo do recurso, pois não houve negativa liminar de seguimento, mas, ao contrário, foi concedido prazo para regularização, insistindo, porém, a agravante, apesar da oportunidade que lhe foi dada, em manter a irregularidade, omitindo-se no que lhe cumpria e alegando não precisar cumprir a lei, que se refere

ao recolhimento na CEF, assim porque o Banco do Brasil é, também, instituição oficial, olvidando que a lei se presume constitucional e não é dado ignorá-la nem descumpri-la por mera conveniência, qualquer que seja, deixando de observar que o recolhimento em outro banco oficial sujeita-se à uma condição, inexistente no caso concreto, pois não existe dúvida de que São Carlos dispõe de agência da CEF e, assim, o que se verificou foi mesmo livre e consciente escolha pelo descumprimento da lei que, por evidente, sujeita-se aos respectivos termos. Também convém lembrar que os requisitos de admissibilidade do recurso, entre os quais o preparo, compete ao Tribunal, pois se trata de matéria jurisdicional, pouco importando se o protocolo aceitou ou não atestou a irregularidade do recolhimento.

Como se observa, não houve qualquer omissão, contradição ou obscuridade, mas mera inconformidade da embargante com a decisão proferida, o que não viabiliza o reexame em embargos declaratórios, evidenciando a patente impropriedade de seu uso, considerada a legislação processual, não podendo se presumir a ignorância dos seus termos pela recorrente, assim demonstrando que, na verdade, houve manifesto propósito protelatório, buscando retardar o curso do procedimento, interrompendo prazo processual para ampliar, na prática, o prazo de agravo à Turma, utilizando-se dos embargos declaratórios sem que houvesse a presença de qualquer vício capaz de justificar a oposição de tal recurso, daí que cabe, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a multa, que se fixa em 1% sobre o valor atualizado da execução fiscal, de que se originou o agravo de instrumento.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração, e aplico a multa nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00021 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029124-57.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.029124-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : UNITED AIR LINES INC
ADVOGADO : RICARDO BERNARDI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00063301820104036119 2 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar em mandado de segurança, pleiteando a *"disponibilização da carga ao importador nos armazéns da INFRAERO, independente do pagamento de quaisquer taxas de armazenagem, para que este possa proceder ao imediato desembaraço aduaneiro das mercadorias acompanhadas pela AWB nº 016 5644 8556 e DSIC nº 891-1012 1635"* ou *"disponibilização da carga, (...) para a suspensão da aplicação de pena de perdimento às mercadorias até o julgamento definitivo do presente writ"*.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Cabe considerar, inicialmente, que a falta do registro da mercadoria em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações, sujeita os bens, eventualmente, à pena de perdimento, nos termos do artigo 689, IV, do Decreto nº 6.759/09.

O artigo 44 do novo Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/09) dispõe acerca das informações que deverão constar do manifesto de carga:

"Art. 44. O manifesto de carga conterá:

I - a identificação do veículo e sua nacionalidade;

II - o local de embarque e o de destino das cargas;

III - o número de cada conhecimento;

IV - a quantidade, a espécie, as marcas, o número e o peso dos volumes;

V - a natureza das mercadorias;

VI - o consignatário de cada partida;

VII - a data do seu encerramento; e

VIII - o nome e a assinatura do responsável pelo veículo."

Verifica-se, pois, que o manifesto de carga é documento idôneo a identificar, de modo específico, a carga transportada e ingressada no território nacional, bem como o veículo transportador, tratando-se de documento relevante à fiscalização aduaneira. O artigo 48 do Decreto nº 6.759/09 permite substituir o manifesto pelo conhecimento de carga, apresentado espontaneamente, antes da fiscalização pela autoridade alfandegária, para a demonstração de boa-fé do transportador:

"Art. 48. Se objeto de conhecimento regularmente emitido, a omissão de volume em manifesto de carga poderá ser suprida mediante a apresentação da mercadoria sob declaração escrita do responsável pelo veículo, anteriormente ao conhecimento da irregularidade pela autoridade aduaneira".

No caso, não houve a apresentação da mercadoria sob a declaração do responsável do veículo antes da fiscalização, o que determinou a retenção das mercadorias e o preenchimento do "documento subsidiário de identificação de carga - DSIC". Tal documento foi previsto no artigo 7º da IN SRF 102/2004, destinando-se a identificar a mercadoria no sistema depois de apurada, como no caso, a irregularidade, para fins de controle e gestão durante o procedimento de retenção:

"Art. 7º Nos casos de bens chegados como bagagem acompanhada ou remessa expressa e como tal não aceitos pela fiscalização aduaneira; de carga não manifestada, embora documentada; de carga sem documento; ou de carga cujo tipo de documento ou identificação o Sistema não contemple, seu armazenamento processar-se-á através de documento subsidiário de identificação de carga - DSIC.

§ 1º O DSIC instrui o armazenamento da carga no Sistema, sem prejuízo a quaisquer atos de ofício com relação a essa carga.

§ 2º Caberá ao depositário a responsabilidade pela comunicação à fiscalização aduaneira e pela formulação do correspondente DSIC no Sistema, quando, em operação de armazenamento, encontrar carga não manifestada.

§ 3º O DSIC formulado pelo depositário na forma do parágrafo anterior deverá ser validado por AFTN".

Na espécie, consta dos autos a informação da companhia aérea de "erro operacional", pois "o manifesto de carga não foi procedido no dia da chegada da mercadoria no Brasil, mas sim no dia seguinte, em 03.05.10, conforme demonstra o Manifesto de Carga" (f. 86). Intimada, a agravante juntou conhecimento aéreo (AWB) e faturas comerciais, conforme relatado no próprio auto de infração e termo de apreensão (f. 68), e reproduzido por cópia nos autos (f. 88/115). Também restou demonstrado que as mercadorias continham etiquetas com a identificação do conhecimento aéreo (AWB), o que afasta a má-fé e, mais, o próprio caráter lesivo da conduta como necessário para configurar o dano ao erário, revelando, pois, ser manifesta a desproporcionalidade em aplicar-se pena de perdimento. Não consta dos autos que seja corriqueiro na conduta operacional da agravante tal prática, de modo a afastar a excepcionalidade da situação, que se justificaria, inclusive, pela enormidade das operações da companhia, para assim caracterizar a conduta sancionável com o perdimento. A gravidade da pena não pode ser atribuída, em prejuízo ao importador, se não estiver caracterizada, de forma firme, e não por mera presunção, a conduta do transportador ou importador de suprimir a importação do controle alfandegário, daí porque o fato, isolado, apenas reforça ser mesmo ilegal, diante da jurisprudência consolidada, a retenção promovida, por inviabilidade na aplicação da pena de perdimento. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que o perdimento apenas pode ser aplicado a quem é, comprovadamente, responsável pela prática do delito, daí que, por exemplo, não se aplica ao veículo, usado no transporte do contrabando ou descaminho, a pena de perdimento se o respectivo proprietário não tinha ciência nem participação nos fatos (RESP nº 121.311, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 16/03/1998). No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Corte:

- AMS nº 2001.61.05.005493-9, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 17.11.08: "APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - IMPORTAÇÃO - MERCADORIA NÃO INSERIDA NO MANIFESTO DE CARGA - EQUÍVOCO DO TRANSPORTADOR - AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO - AFASTADA A RESPONSABILIDADE DO IMPORTADOR - PROCESSUAL CIVIL - CONVERSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - DENOMINAÇÃO DA AÇÃO. [...] 2- Segundo o disposto nos artigos 43 e seguintes do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 91.030/85), o manifesto de carga é o documento pelo qual ocorre o registro da mercadoria importada, sendo o conhecimento correspondente a identificação da unidade de carga em que a mercadoria por ele coberta esteja contida. 3- Considerando que a carga não foi inserida no respectivo manifesto por equívoco do transportador, e que foi apresentada Declaração Subsidiária de Informação de Carga - DSIC, não se há falar em aplicação do inciso IV do art. 514 do Regulamento Aduaneiro, que prevê a inexistência de qualquer documento comprobatório da carga transportada. 4- Não se pode responsabilizar o importador, com a perda de suas mercadorias, se não houve qualquer dano ao Erário, bem como a comprovação da tentativa de introdução clandestina da mercadoria no País. 5- Apelação da União e remessa oficial às quais se nega provimento."

A validade da apresentação do Documento Subsidiário de Informação de Carga - DSIC, em substituição ao Manifesto de Carga - que se admite aqui em função dos fatos narrados nestes autos -, foi reconhecida em outro precedente da Corte, firmado na AMS nº 2004.61.05008406-4, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 de 13/01/2009.

Esta Turma, a respeito da responsabilidade exclusiva do transportador aéreo na prática de irregularidade na importação, tem decidido pela ilegalidade da aplicação da pena de perdimento em detrimento do importador, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

- AMS nº 1999.03.99.041662-2, Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO, DJU de 23.08.07, p. 1217: "ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. PERDIMENTO. DIVERGÊNCIA DO CONHECIMENTO E DO

MANIFESTO DE CARGA. ADULTERAÇÃO RESPONSABILIDADE DO IMPORTADOR AFASTADA. 1.

Discute-se o direito à liberação e ao não perdimento das mercadorias importadas, em virtude de ter havido adulteração no "Bill of Lading" e divergências no manifesto de carga. 2. Foi lavrado Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal em face do transportador, cominando a pena de perdimento para os bens importados pela Impetrante. 3. Com efeito, não se pode impor à impetrante o perdimento dos bens que importou regularmente, por ato imputável ao transportador, qual seja, a adulteração dos manifestos e conhecimento, em campos concernentes à prestação dos seus serviços e não relacionados à descrição das mercadorias, cuja quantidade e qualidade não se mostraram incompatíveis, em face da autuação feita pelos agentes aduaneiros, vale dizer, as mercadorias encontravam-se em conformidade com as regras previamente traçadas pela legislação aduaneira, não se podendo presumir a fraude e o dano ao erário, pois inocorrentes. Ausência do nexo de causalidade. 4. Apelação e remessa oficial improvidas."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para que, afastada a retenção e a aplicação da pena de perdimento, tenha processamento regular o desembaraço dos bens, sem prejuízo das regularizações cabíveis e o pagamento integral de todos os encargos legais, inclusive os tributários e os eventualmente punitivos, devidos na importação.

Publique-se e oficie-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00022 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032580-15.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032580-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA
ADVOGADO : KATH WATANABE ZAGATTI
AGRAVADO : FRANCISCO FERNANDES e outros
: CLAUDIO FERNANDES
: EXPRESSO KIMAR LTDA
ADVOGADO : FATIMA CRISTINA BONASSA BUCKER e outro
PARTE RE' : Banco Central do Brasil
ADVOGADO : MARIA MACARENA GUERADO DE DANIELE e outro
PARTE RE' : BANCO MARKA S/A
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00221210220014036100 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em ação ordinária, de depoimento pessoal e produção de provas pericial, testemunhal e documental suplementar.

A agravante alegou que: (1) os autores pedem indenização material por prejuízos decorrentes de investimentos em diversos fundos administrados pelo Banco Marka e geridos pela Marka Nikko em janeiro de 1999; (2) as provas requeridas são necessárias e capazes de influenciar na solução da lide, resultando o seu indeferimento em cerceamento de defesa, com afronta direta ao artigo 5º, LV, da CF, e aos artigos 330, 332, 333, 343, 365, 400 e 420, todos do CPC; (3) o depoimento pessoal dos agravados é fundamental para comprovar que tinham conhecimento dos riscos a que estavam sujeitos quando investiram nos fundos, afastando, assim, a alegação de que não foram informados sobre a possibilidade de perda do capital investido; (4) a perícia técnica, por especialista em mercado financeiro, é essencial para "esclarecer conceitos econômicos envolvidos na demanda e, em especial, para juntar aos autos informações sobre a crise cambial ocorrida em janeiro de 1999", vez que os prejuízos decorreram da súbita mudança de política cambial no período, e, conseqüentemente, para comprovar que "a gestão dos Fundos pela Marka Nikko foi irrepreensível"; e (5) com a prova testemunhal, pretende que sejam ouvidos antigos funcionários do Banco Marka e do Banco Central do Brasil para, respectivamente, demonstrar a ciência dos agravados quanto aos riscos e para expor detalhes sobre a crise econômica de janeiro de 1999, que provocou a perda nos investimentos.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A decisão agravada foi fundamentada nos seguintes termos (f. 118):

"VISTOS EM SANEADOR,

Trata-se de ação ordinária proposta por FRANCISCO FERNANDES E OUTROS em face da BANCO MARKA S/A, MARKA NIKKO ASSETS E OUTROS, visando o ressarcimento dos prejuízos suportados pela prestação de serviços de gestão temerária pelos réus, com a aplicação dos juros e correção monetária, bem como lucros cessantes.

As preliminares serão apreciadas com o mérito, pois com ele se confundem.

Partes legítimas e bem representadas, dou por saneado o processo.

Indefiro o pedido de produção de prova testemunhal, depoimento pessoal, pericial, bem como prova documental suplementar, requerida pelo correu Banco Marka, uma vez que o feito comporta julgamento antecipado nos termos do artigo 330, I do Código de Processo Civil, pois, tratando-se de matéria de fato e de direito, não existe necessidade de produção de outras provas, constando dos autos os elementos necessários para o convencimento deste juiz. Decorrido o prazo recursal, venham os autos conclusos para sentença."

A propósito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que compete ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal diligência, não se pode considerar ilegítima, liminarmente, a dispensa da produção de prova que, na avaliação do magistrado, é desnecessária à formação de sua convicção.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte (g.n.):

- AGA nº 834707, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 19.04.07, p. 239: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. Acórdão a quo segundo o qual "como o Juiz da causa, destinatário da prova, considera suficiente ao deslinde da controvérsia somente a prova documental, não há razão para a produção da prova pericial". 3. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131 do CPC), usando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. 4. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. 5. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento" (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) 6. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada. 7. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 8. Agravo regimental não-provido."**

- RESP nº 510742, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 13.02.06, p. 855: "**RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONTÁBIL. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. ARTIGO 168-A DO CP. CRIME OMISSIVO. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. SÚMULA 83 DESTA CORTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS GRAVOSA. INOCORRÊNCIA. RECURSO QUE SE CONHECE PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO, NEGA-SE PROVIMENTO. 1. Mostrava-se desnecessária a prova pericial no caso em apreço, para demonstração das dificuldades financeiras sofridas pela empresa, eis que outros elementos de prova puderam ser produzidos e exibidos pela defesa formando o convencimento do juiz; além disso, aplicável à espécie o princípio de que não há nulidade sem a demonstração do prejuízo, previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal, pois a ausência da perícia contábil não enseja o reconhecimento de nulidade diante do teor da documentação já se encontrava nos autos, não**

restando comprovado o prejuízo sofrido pela parte; 2. De outra parte, o princípio do livre convencimento fundamentado, regente no direito processual penal brasileiro, permite ao juiz que aprecie livremente a prova, conforme o ditame principiológico contido no artigo 157 do Código de Processo Penal; 3. A alegação de que a empresa passava por uma série de dificuldades financeiras, motivo pelo qual não foi possível repassar a contribuição previdenciária recolhida dos empregados implicaria, no caso, o reexame de provas, inviável em sede de recurso especial, por esbarrar no óbice imposto pelo enunciado sumular n.º 7 desta Corte; 4. O dolo, nesses delitos, esgota-se com a simples omissão, pois não se pretende a causação de resultado algum. Daí porque a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de não exigir o fim especial de agir do agente, o dolo específico, não havendo de se demonstrar o animus rem sibi habendi para a caracterização do delito; 5. Este Superior Tribunal já consolidou posicionamento no sentido de que a Lei 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando no art. 95 da Lei n.º 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão ou configurando aplicação de lei mais gravosa; 6. Recurso de que se conhece parcialmente e a que, nessa extensão, se nega provimento."

- AGA n.º 390667, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 04.02.02, p. 356: "Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Embargos à execução. Julgamento antecipado. 1. No tocante ao julgamento antecipado da lide e à necessidade de produção da prova pericial, o Acórdão recorrido está amplamente fundamentado quanto à desnecessidade de realização da referida prova, inclusive citando doutrina e jurisprudência relativas à matéria. A necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do Juiz, em face das circunstâncias de cada caso. 2. A sentença monocrática julgou improcedentes os embargos opostos pelo Banco do Brasil, determinando o prosseguimento da execução até o pagamento do débito. Não se verifica a alegação de iliquidez no decisum, porque não acolhidos os embargos, a execução prossegue regularmente. Sendo assim, não há qualquer contrariedade aos artigos 458 e 459 do Código de Processo Civil. 3. Do exposto, nego provimento ao agravo regimental."

- AI n.º 200903000344310, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 CJI de 09.03.10, p. 103: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CÓPIAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PARTE INTERESSADA. ART. 41, LEF. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. ARTS. 125, II E 130, DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. O art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo. Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de comprovada resistência administrativa. Precedentes. O art. 125, II, do CPC, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, do mesmo diploma legal, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." O Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção. Considerando que o feito apresenta elementos suficientes à formação da sua convicção, é absolutamente legítimo que indefira a produção das provas que considere descabidas à correta solução da lide. Precedentes. Não se há falar em cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não fundamentou de forma precisa a indispensabilidade da produção da prova pericial. Agravo de instrumento não provido."

- AC n.º 90030225346, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 09.12.05, p. 665: "APELAÇÃO CÍVEL - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA - INDÚSTRIA DO RAMO ALIMENTÍCIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. 1- Remessa oficial tida por interposta, nos termos do disposto no inciso I, do art. 475 do CPC. 2- Afastada a alegação de nulidade da sentença, pois a não realização de prova pericial, por si só, não enseja cerceamento de defesa. Havendo elementos suficientes nos autos que permitam formar o livre convencimento do julgador, a prova pericial é desnecessária. Julgamento antecipado da lide, em consonância com o artigo 330, I, do CPC. 3- O critério legal para a obrigatoriedade ou não de registro junto aos conselhos profissionais determina-se pela atividade básica da empresa, ou pela natureza da prestação de serviços a terceiros, a teor do artigo 1º da Lei n.º 6.839/80. 4- Indústria que opera no ramo de fabricação de massas alimentícias e processamento de grãos de trigo não desenvolve atividade ligada à química, nem presta serviços de tal natureza a terceiros, não estando sujeita ao registro no Conselho Regional de Química. 5- Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento."

Na espécie, é manifestamente infundada a pretensão de reforma da decisão agravada, pois as justificativas para o depoimento pessoal e a produção de provas pericial e testemunhal não demonstram a sua real necessidade, adequação e utilidade para o julgamento da demanda. Certo, pois, que a ciência dos agravados quanto aos riscos dos fundos de investimentos e a superveniência de crise cambial de 1999, bem como sua repercussão nas aplicações financeiras deste porte e na gestão dos fundos discutidos, eram e são fatos passíveis de serem comprovados, se não o foram, mediante prova documental, a mais diversa, cuja produção e juntada foi oportunizada no prazo da contestação, nada havendo que justifique a realização de outras provas.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00023 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027437-45.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027437-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : NAUMANN GEPP COML/ E EXPORTADORA LTDA
ADVOGADO : ROGERIO DO AMARAL S MIRANDA DE CARVALHO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00040208420104036104 2 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em mandado de segurança, anulou despachos administrativos que, diante do prazo exíguo para apreciação, indeferiram pedidos de restituição de PIS e COFINS, ao fundamento de que foram contrários à liminar concedida, determinando que outras decisões sejam proferidas em 120 dias contados da ciência e descontados eventuais prazos para requisição de documentos ou realização de diligências.

A agravante requereu o afastamento ou a ampliação do fixado, alegando, em suma, que: **(1)** o caso apresenta grande dificuldade técnica e fática, pela complexidade do procedimento, limitação da RFB e elevado número de fraudes nos sistemas de compensação e restituição; **(2)** a agravada protocolizou outros pedidos semelhantes, em que foram houve significativas correções dos valores pleiteados; **(3)** há restrição da capacidade institucional do Judiciário em determinar qual o prazo suficiente e necessário para a apreciação da matéria no caso concreto; **(4)** o prazo mínimo para concluir-se o procedimento é de 210 dias, sem contar o tempo de apresentação dos documentos exigidos pela fiscalização, sob pena de ser impelida a ressarcir o contribuinte sem o exame minucioso de todos os aspectos que envolvem a questão; **(5)** a decisão pode gerar efeito imprevisível e indesejado de que outros contribuintes com pedidos pendentes, de igual complexidade, e protocolados anteriormente, ingressem com mandados de segurança, paralisando as demais atividades da RFB em Santos; e **(6)** além disso, o Estado tem recursos escassos e diversas políticas públicas para implementar, o que representa o *preço da democracia e de um Estado social voltado a realização de políticas públicas e redução das desigualdades*.

DECIDO.

Na espécie, o mandado de segurança objetiva afastar a mora da autoridade administrativa na análise de pedidos de restituição de créditos de PIS e COFINS, acumulados nos termos das Leis 10.637/02 e 10.833/03, formulados eletronicamente, via PER/DCOMP, em **30/03/2009, 15/05/2009 e 18/05/2009** (f. 27), sendo concedida parcialmente a liminar, em **27/05/2010**, para *"determinar à autoridade impetrada a adoção das providências necessárias à análise e apreciação dos pedidos de ressarcimento mencionados no item 3 da petição inicial, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar da data dos respectivos protocolos"* (f. 84/5).

Contra tal decisão, a Fazenda Nacional foi intimada por mandado, juntado aos autos em 19/07/2010 (f. 92), não interpondo recurso.

Em **01 e 08 de julho de 2010**, a RFB de Santos proferiu decisões nos PA's 15987.000258/2010-15, 15987.000257/2010-62 e 15987.000256/2010-18, indeferindo os pedidos de restituição, conforme ementa a seguir transcrita (f. 98/109):

"Em cumprimento a ordem judicial exarada e, não havendo prazo razoável para análise dos documentos comprobatórios do direito creditório solicitado o pedido é indeferido por impossibilidade de apuração do direito creditório referente a ressarcimento solicitado."

Acolhendo a alegação da impetrante de descumprimento da liminar (f. 93/6), o Juízo *a quo* anulou os despachos decisórios 35, 36 e 37 de 2010 e determinou que outros fossem proferidos pela autoridade impetrada em 120 dias a contar da ciência da decisão, descontados eventuais prazos para apresentação de documentos ou realização de diligências, considerando que o prazo de 360 dias a partir do protocolo das PER/DCOMP já estava esgotado quando do deferimento da liminar, justificando, ainda, a fixação de prazo suplementar *"em um juízo de proporcionalidade quanto à aplicação do prazo previsto na Lei n. 11.457/2007, tendo em conta o acúmulo de trabalho apontado pela autoridade impetrada em suas informações e, principalmente, a informação de que a prioridade dada aos pedidos de ressarcimento, decorrente da fixação de um prazo determinado para análise, pode conduzir a uma diminuição na análise dos pedidos de compensação, em virtude da limitação do número de servidores"* (f. 112/3 e 124/5).

Tendo sido cientificada a autoridade impetrada da decisão agravada em 03/08/2010 (f. 131), o prazo de 120 dias terá seu termo final em 03/12/2010, sem prejuízo dos prazos destinados à apresentação de documentos e realização de diligências.

Nada obstante já decorrido o prazo de 360 dias, estabelecido na Lei nº 11.457/07, além de ter sido concedido prazo suplementar de 120 dias, há que se considerar as peculiaridades do caso concreto, de modo a justificar que tal prazo seja ampliado para 210 dias, dentro do qual seria faticamente possível a devida atuação da fiscalização na análise dos elementos que envolvem a restituição de créditos de PIS e COFINS.

De fato, são relevantes os argumentos no sentido de que o prazo fixado não é suficiente à análise de toda a documentação, o que poderia implicar a restituição indevida de valores, pois a autoridade impetrada seria compelida a deixar de realizar a conferência detida de todas as operações que teriam originado os créditos, cujo procedimento em geral foi explicitado nas informações da RFB (f. 75 e 75v.), o que acabaria por privilegiar o interesse particular da agravada em detrimento de outros contribuintes e do próprio interesse da coletividade, em se tratando de dinheiro público.

Como destacou a RFB (f. 71/82), *"as análises dos pedidos de ressarcimento não implicam em simples conferência da exatidão dos valores e autenticidade das documentações anexadas aos pedidos. Pelo contrário, as análises de pedidos de benefício fiscal exigem um rigoroso exame da documentação apresentada pelo contribuinte, porquanto a autoridade tributária não dispõe de qualquer discricionariedade. Impõe-se, na maioria das vezes, a complementação da instrução processual através do envio de intimações e do fornecimento de prazos razoáveis para o atendimento das mesmas pelos contribuintes. E no caso, até mesmo a impetrante reconhece que a cada trimestre é necessário a análise de milhares de notas de compra de café, razão pela qual deixa de anexar à contrafé toda a documentação comprobatória de seu alegado crédito."* (f. 74 e 74v.). Ressaltou, ainda, que a RFB em Santos abrange as Agências de Itanhaém, Registro, Guarujá e Praia Grande, sendo que as declarações de compensação, assim como os pedidos de restituição e ressarcimento são analisados pelos mesmos pareceristas, de maneira que, priorizando-se aqueles últimos, *"A redução na análise dos pedidos de compensação causaria a homologação tácita de diversos pedidos de compensação, pelo decurso do prazo de 5 (cinco) anos. O prejuízo proveniente dos créditos tributários indevidamente compensados seria compartilhado por toda a sociedade. Dessa forma, o interesse individual da impetrante não pode prevalecer sobre o interesse coletivo."* (f. 74v.). Enfatizou que *"Para demonstrar a complexidade do trabalho, apenas em relação ao item 01 do rol acima listado, é necessário verificar nos milhares de documentos apresentados pelos contribuintes quais itens dão direito ao pleiteado crédito."* (f. 75v.). Além disso, destacou que *"há, evidentemente, centenas de outros processos aguardando análise, apresentados ainda antes dos aqui tratados, inclusive requerimentos de contribuintes idosos - que seria, em princípio, caso de prioridade no atendimento"*, além de outras liminares a serem cumpridas (f. 80).

Outro fator importante a sopesar o tempo necessário para a análise meticulosa dos documentos consiste na demonstração de que a quase totalidade dos pedidos anteriores de restituição apresentou irregularidades, sendo deferidos valores bem inferiores aos pleiteados pela agravada (f. 12/3).

Por outro lado, não resta dúvida acerca da extrema complexidade da tarefa da fiscalização no caso, não apenas por serem várias as PER/DCOMP e elevados os valores objeto dos pedidos de restituição, mais de cinco milhões de reais, conforme tabelas demonstrativas (f. 101, 105 e 109), como porque a própria impetrante admitiu ter deixado de juntar à inicial todos os PER/DCOMP referidos *"posto que são muitos e se tratam de documentos comuns. Da mesma forma, deixa de apresentar as bases de cálculos dos créditos, posto que estes são milhares de notas de compra de cafés"* (f. 26).

Assim, ainda que não se possa chancelar a mora injustificada na análise dos pedidos formulados, sem estabelecer qualquer prazo às respectivas decisões, igualmente não é cabível estabelecer prazo, a partir de abstração legal, que, sabidamente, não será suficiente para o exame de pedidos extremamente complexos, que demandam a verificação de uma infinidade de documentos e envolvem a restituição de valores vultosos dos cofres públicos, devendo, pois, ser interpretado o princípio da razoável duração do processo administrativo de forma sistemática com os demais princípios que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

A propósito, as seguintes decisões:

- AG nº 0037766-73.2010.4.01.0000, Rel. Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL, e-DJF1 p. 285 de 22/10/2010: "ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO: PROCEDIMENTO "ESPECÍFICO" (ART. 69 DA LEI Nº 9.784/99) - PRAZO EXÍGUO COM COMINAÇÃO DE MULTA COMINATORIA: IMPOSSIBILIDADE - OMISSÃO RESIDUAL DA EMPRESA - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1- Liminar em MS reclama os requisitos concomitantes da Lei nº 12.016/2009. 2- Motivação "sucinta" não equivale a decisão "sem fundamentação", tanto mais em sede de cognição sumária; se, porém, a parte pede fixação de um prazo determinado para exame do pedido de restituição, não poderá o julgador fixá-lo em prazo inferior. 3- A liminar não se sustenta, tomando-se em consideração as presunções várias que militam em prol da Administração Pública e sopesando que, de regra, determinar que o fisco, à margem de comando legal expresso, examine com prioridade, pleitos de uma ou outra empresa, malhere a isonomia e, ademais, a questão, [a] por sua complexidade, [b] pelo montante envolvido e [c] diante da alteração procedimental formal superveniente (de pedidos "eletrônicos" para pedidos "físicos"), parece remeter a cognição exauriente. 4- A "razoável duração do processo administrativo" perpassa, também, pela necessária diligência do contribuinte, para que a demora não resulte de atos imputáveis a ambas as partes. Prazo "razoável" não rima - é verdade - com "desídia"; mas não se harmoniza, também, com "precipitação". 5- Para procedimentos administrativos "específicos", caso dos pedidos de "restituições de deduções" (regulados pelo art. 73 da Lei nº 9.430/96 e IN SRFB nº 900/2008), o art. 69 da Lei nº 9.784/99 afasta os prazos que prevê. 6- Agravo de instrumento provido: liminar cassada. 7- Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 5 de outubro de 2010., para publicação do acórdão."

- AG nº 2009.04.00.044469-0, Rel. Des. Fed. MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, D.E. de 30/03/2010: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PARA APRECIÇÃO DE PROCESSOS NA VIA ADMINISTRATIVA. LEI 11.457/2007. 1. O disposto no artigo 24 da Lei nº 11.457/2007 deve ser interpretado em consonância com os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, notadamente a legalidade e a eficiência, insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, bem como o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". 2. É legítima a pretensão da agravante em relação aos pedidos de ressarcimento de créditos de IPI protocolizados em 29 de junho de 2007, tendo transcorrido prazo mais que suficiente para um pronunciamento da administração. 3. Nas hipóteses em que ainda não transcorrido o prazo legal, bem como naquelas relativas a questões de maior complexidade, tem-se por justificável a dilação de prazo concedida pelo juízo monocrático. 4. Agravo parcialmente provido."

Saliente-se que, no caso concreto, diferentemente de outros em que se pronunciou a Turma, a impetração do mandado de segurança ocorreu logo em seguida ao decurso do prazo de 360 dias, tornando razoável, diante da situação fática específica, a dilação como acima estabelecida para a consecução da tarefa administrativa, afastando, em favor do contribuinte, a mora indefinida.

Ante o exposto, concedo a medida postulada para ampliar o prazo para a apreciação dos pedidos de restituição, formulados pela agravada, de 120 para **210 dias**, a partir da ciência da decisão agravada, sem computar os eventuais prazos para apresentação de documentos ou realização de diligências.

Intime-se a agravada para resposta.

Em seguida, ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00024 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034795-61.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034795-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : VITORIO RONCHI FILHO
ADVOGADO : MARCEL AUGUSTO FARHA CABETE e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : DANIEL CORREA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE OURINHOS - 25ª SJJ - SP
No. ORIG. : 00002165020074036125 1 Vr OURINHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na fase de cumprimento de sentença, após informações prestadas pela contadoria judicial, acolheu os cálculos apresentados pela CEF, uma vez que elaborados nos termos do julgado.

DECIDO.

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não pode a execução ampliar os limites da condenação transitada em julgado, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão superior:

- RESP nº 583.367, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 09/08/2004: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FGTS. COISA JULGADA. OFENSA. 1. No âmbito de execução de sentença não é possível a ampliação do seu alcance, para acrescentar valores que não foram concedidos ao autor no processo de conhecimento. 2. A sentença executada foi explícita em condenar a recorrente apenas na correção monetária segundo os índices oficiais aplicáveis nos contratos de poupança, não se podendo incluir no cálculo os juros remuneratórios da poupança. 3. Recurso especial provido."

Na espécie, a contadoria judicial apontou erro no cálculo do autor, ora agravante, quanto aos índices de correção monetária e, ainda, por ter incluído juros remuneratórios, não previstos na coisa julgada (f. 56), sendo estes últimos impugnados sob a alegação de que o encargo é devido por disposição contratual, independentemente de previsão expressa no julgado, e que deve incidir de forma capitalizada, pelo que cabível a reforma da decisão *a quo*.

Cumprido observar que, embora não tenha sido expressa no exame do pedido de juros remuneratórios, a sentença determinou, na conta especificada, a aplicação do IPC em janeiro/89 e abril/90, com a incidência, respectiva, de 42,72% e 44,80%, descontados os valores pagos originariamente, a demonstrar que a condenação alcançou não apenas a

aplicação dos índices, em si, mas a sua substituição considerada a sistemática contratual, que prevê a remuneração com os tais juros, sem que se possa cogitar, pois, de violação da coisa julgada.

A pretensão do autor foi a de substituir um índice menor por outro maior, conforme medido pelo IPC/IBGE, mantidos os demais critérios legais e contratuais de remuneração da aplicação, não havendo, portanto, motivo para que o contrato não seja cumprido no tocante aos juros remuneratórios, cuja aplicação deve observar, portanto, os respectivos termos. Evidente que se o objetivo do autor era revisar também os critérios de remuneração, quanto aos juros contratuais, a pretensão não seria passível de acolhimento, em sede de execução, pois seria necessária motivação judicial, ainda na fase condenatória, para a revisão do contrato neste particular, o que não ocorreu e, portanto, impediria a sua implementação a título de cumprimento da coisa julgada.

Em suma, tem o agravante direito, segundo a coisa julgada, a que se apliquem os novos índices de correção monetária especificados, sem prejuízo dos demais critérios remuneratórios do contrato de poupança, dentre os quais os juros nos termos contratuais.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00025 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032510-95.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032510-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : COM/ E ABATE DE AVES TALHADO LTDA
ADVOGADO : LAERTE SILVERIO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : FRIGORIFICO AVICOLA DE TANABI LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE TANABI SP
No. ORIG. : 03.00.00011-8 1 Vr TANABI/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, reconsiderou decisão anterior e deferiu a inclusão da agravante no pólo passivo, com fundamento no artigo 133, I, do CTN (f. 31).

Alegou, em suma, que: **(1)** foi incluída indevidamente no pólo passivo da execução, pois ausentes os requisitos do artigo 133, I, do CTN, referentes à aquisição do fundo de comércio ou estabelecimento e à exploração de mesma atividade da executada FRIGORÍFICO AVÍCOLA TANABI LTDA.; **(2)** utiliza-se de maquinários próprios para o abate de galinhas e vende seus produtos na região nordeste do país, enquanto que a executada usava outros tipos de equipamentos para o abate de frangos e atendia clientela da grande São Paulo; **(3)** iniciou suas atividades em 13/04/2004, em razão de contrato de arrendamento das instalações comerciais de legítima propriedade de LUIZ CARLOS SOLER, celebrado em 25/03/2004; **(4)** apesar de ter o proprietário adquirido o estabelecimento da executada, através de carta de arrematação, em execução fiscal da Fazenda do Estado de São Paulo, a arrendante não possui qualquer vínculo jurídico com a devedora; **(5)** ademais, a agravada pode garantir seu crédito com a penhora de valores depositados nas EF nº 50/96 e 144/96, em curso na Comarca de Tanabi, referente ao produto da arrematação de imóveis e maquinários da executada, cujas importâncias de R\$ 12.500,00 e R\$ 235.000,00 ainda não foram liberadas, tendo em vista a existência de várias penhoras no rosto dos autos para garantia de créditos trabalhistas, encontrando-se em fase de elaboração do quadro geral de credores; **(6)** a jurisprudência não reconhece a sucessão empresarial baseada em meras presunções, inclusive o TRT da 2ª Região decidiu que, na hipótese de sucessão atípica, por mero arrendamento, a sucessora não responde pelos direitos do trabalhador ao tempo da sucedida; e **(7)** caso a agravada pretenda a anulação da arrematação, por fraude ou simulação, terá de ajuizar ação de conhecimento e, somente após eventual decretação de nulidade, é que poderia redirecionar a ação executiva.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A decisão que incluiu a agravante no pólo passivo da execução fiscal foi assim fundamentada (f. 31):

"Vistos.

Após a decisão que indeferiu o pedido da União para a inclusão de Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. no pólo passivo desta execução, a União agravou, sem notícia, ainda, de decisão do relator do recurso.

Entretanto, revendo meu posicionamento anterior, reconsidero-o para deferir o pedido. Isso porque, como mencionado, há indícios de que Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. teria adquirido o estabelecimento da executada e ali continuou a exercer a mesma atividade de abate e comércio de aves e derivados, o que implicaria em sua responsabilidade tributária por sucessão (art. 133, I, do CTN).

Esses indícios são: 1- o arrematante do imóvel da executada, em hasta pública, foi um particular que não teria renda suficiente para fazê-lo e, segundo a União, seria interposta pessoa ('laranja') colocada de forma simulada por Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. para excluir a responsabilidade desta; 2- o mesmo adquirente locou o estabelecimento a Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda., mas o contrato de locação foi celebrado entre ambos dez dias antes da constituição da sociedade por quotas de responsabilidade limitada; 3- o mesmo adquirente alugou à Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. os equipamentos para o abate de aves por apenas R\$ 250,00 por mês e, depois de algum tempo, houve o distrato dessa locação, mas o locador simplesmente teria deixado os equipamentos no mesmo local, continuando a ser utilizados por Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. sem nada pagar em troca; e 4- Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. manteve os mesmos empregados que antes trabalhavam para a executada.

Diante de tais elementos, não há porque deixar de incluir Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. na presente execução fiscal. Sobre a matéria de fato, isto é, se houve simulação e se, em consequência, Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. adquiriu da executada o estabelecimento industrial e continuou a nele explorar a mesma atividade, é matéria que pode muito bem ser discutida e decidida em eventual ação de embargos, não havendo necessidade de uma outra ação específica para tal fim, como anteriormente decidi.

(...)"

Primeiramente, cumpre registrar que o agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra a decisão anterior que havia indeferido a inclusão de Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. no pólo passivo da execução (f. 29/30) foi julgado prejudicado, em face da reconsideração pelo MM. Juízo *a quo* (f. 31), conforme consulta ao sistema informatizado desta Corte.

Com relação à responsabilidade por sucessão empresarial, o artigo 133 do Código Tributário Nacional estabelece:

"Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I - em processo de falência; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)"

A propósito da sucessão tributária, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

- RESP nº 844024, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 25.09.06, p. 257: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. FALTA DE INTERESSE. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ART. 133 DO CTN. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Mesmo diante da alegada falta de pronunciamento do Tribunal a quo quanto à dissolução irregular da sociedade, foi reconsiderada, pelo magistrado de primeiro grau, a decisão que indeferira o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes, o que não foi reformado no agravo de instrumento que originou o presente recurso especial. 2. No âmbito dos recursos, a aferição do interesse em recorrer está intimamente ligada à sua aptidão para conduzir o recorrente a uma situação melhor do que aquela em que se encontra, o que, efetivamente, não se verifica no caso sob análise. 3. A imputação de responsabilidade tributária por sucessão de empresas está atrelada à averiguação concreta dos

elementos constantes do art. 133 do CTN, não bastando meros indícios da sua existência. 4. Determinar a existência da sucessão, na forma do art. 133 do CTN, dependeria de nova análise dos aspectos fáticos e probatórios da demanda, o que é inviável pela via do especial, a teor da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 5. Recurso especial conhecido em parte e improvido."

Na espécie, não existem apenas indícios, mas sim provas concretas que apontam para a hipótese legal de sucessão empresarial entre a agravante **Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda.** e a executada **Frigorífico Avícola Tanabi Ltda.**

De fato, a Fazenda Nacional relatou que os débitos fiscais da executada ultrapassam o montante dos trinta e cinco milhões de reais, havendo inúmeras execuções fiscais sem garantia, demonstrando a seguinte situação (f. 24/5):

"A executada, por sua vez, encerrou informalmente suas atividades em fevereiro de 2004. Todavia, em junho de 2003, o imóvel em que funcionava foi arrematado em hasta pública pelo Sr. Luiz Carlos Soler, pela quantia de R\$ 235.000,00 (duzentos e trinta e cinco mil reais).

Segundo apurado por auditores da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, o Sr. Luiz Carlos Soler não aufere renda suficiente para a aquisição do imóvel (fls. 87/103, mídia anexa).

Questionado a respeito, declarou que possuía dinheiro em espécie guardado em um cofre, sendo esta a forma de pagamento da arrematação. Entretanto, foi descoberto pela fiscalização que parte dos recursos provieram da empresa Auto Posto Cash (R\$ 113.000,00), das pessoas físicas José Garibaldo e/ou Benedito Mauro Violim (R\$ 80.000,00), e de cheque administrativo emitido pelo Banco Real (R\$ 22.000,00).

Informou ainda ter sido proprietário da empresa Auto Posto Cash entre 2000 a 2005, o que justificaria a origem dos recursos. Todavia, indagado quanto à movimentação financeira da empresa, informou valores muito inferiores àqueles efetivamente movimentados. (...)

Isso demonstra que o Sr. Luiz Carlos Soler exerce 'profissão' de pessoa interposta, quer para a constituição de sociedades, quer para a aquisição de bens. Demonstra ainda que o mesmo foi utilizado na simulação fraudulenta engendrada pelos dirigentes das empresas Frigorífico Avícola Tanabi Ltda. e Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda., a fim de que a sucessão ocorrida fosse ocultada, o que a eximiria do pagamento de qualquer débito tributário, vez que não detém patrimônio algum, tão pouco seus sócios.

Não bastasse esse fato, pode-se constatar também que referido imóvel foi arrendado pelo Sr. Luiz Carlos Soler à sociedade Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda., em 25.03.2004, sendo que fora formalmente constituída apenas em 05.04.2004, ou seja, dez dias após a celebração do contrato. Não podemos esquecer que a sociedade executada funcionou no mesmo local até fevereiro do mesmo ano.

Apurou-se também que a empresa Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. explora a mesma atividade exercida pela executada, qual seja, o abate e comércio de aves e derivados. Os equipamentos necessários à exploração da atividade econômica, por sua vez, foram 'locados' (fls. 20/32 - mídia anexa) pela empresa executada à Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda., entre abril de 2004 e outubro de 2006, pelo valor de R\$ 250,00/mês, valor este extremamente baixo se comparado àquele vigente no mercado (doc. 02 - anexo).

Em novembro de 2006, as partes optaram pelo distrato do contrato de 'locação', sendo os bens colocados à disposição do locador. Todavia, este simplesmente os deixou na sede da empresa locatária, onde continuam a ser utilizados 'gratuitamente' para a exploração da atividade econômica.

Deve ser considerado também o fato de que a empresa Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda. manteve os mesmos empregados anteriormente vinculados à executada.

Cabe mencionar por fim que nos autos do processo nº 00715-2004-104-15-00-6, reclamação trabalhista, que tramitou pela Vara da Justiça do Trabalho de Tanabi/SP, movido por Mário Feltrin contra Comércio e Abate de Aves Talhado Ltda., José Luiz Falsoni e Frigorífico Avícola Tanabi Ltda., foi reconhecido, em sede recursal, a sucessão empresarial ocorrida entre as empresas retro mencionadas, acarretando, assim, a responsabilidade da sucessora pelo débito trabalhista devido (doc. 05 - anexo)."

Como se observa, houve diligências investigativas, realizadas por auditores da Receita Federal em São José do Rio Preto, em virtude das quais restou comprovada a dissolução irregular da executada em fevereiro de 2004 e a aquisição do estabelecimento comercial pela agravante. Segundo apurado, tal operação, buscando ocultar a sucessão efetivamente ocorrida, foi levada a efeito, formalmente, através da arrematação do imóvel e instalações por interposta pessoa, em 12/06/2003, nos autos da EF nº 50/96-RE, a qual teria atuado como 'laranja', arrendando, em 25/03/2004, as instalações comerciais para a agravante, que, por sua vez, foi constituída dez dias depois, em 05/04/2004.

Segundo consta das informações juntadas, tanto maquinários como equipamentos permaneceram na sede da executada, sendo, inicialmente, locados à agravante, por preço irrisório, e, posteriormente, com o término do contrato de locação, abandonados no local pela executada, o que demonstra, nitidamente, a aquisição ou apropriação desses bens pela agravante. Ainda, a agravante teria mantido os mesmos empregados da executada, sendo reconhecida a sucessão empresarial em reclamatória trabalhista (900715-2004-104-15-00-6). Ainda que a sucessão tenha sido afastada em outros processos trabalhistas (f. 60/8), para fins tributários, diante do Código Tributário Nacional, as evidências existentes nos autos autorizam, por ora, o reconhecimento da responsabilidade tributária para efeito de redirecionamento da execução fiscal.

Ressalte-se que todas as constatações, conclusões e fatos apurados pela Fazenda Nacional têm fundamento em provas documentais e *mídia*, como mencionado (f. 24/5), ainda que a agravante, no seu interesse, não tenha feito a respectiva juntada nos autos.

Destaque-se que tais provas não foram impugnadas pela agravante, que se limitou a tecer meras alegações sobre a regularidade da arrematação por Luiz Carlos Soler, assim como do arrendamento das instalações e da locação das máquinas e equipamentos, sem descaracterizar, portanto, o conjunto probatório que revela que, por detrás da operação formal de arrematação e locação, houve, na verdade, típica sucessão empresarial e, portanto, igualmente tributária. De outro lado, o argumento de que são distintos os equipamentos utilizados para o abate animal, fato incomprovado e que colide com a "locação" e posterior abandono, é insuficiente para descaracterizar a exploração do mesmo ramo de atividade (comércio e abate de aves e derivados).

Ao contrário do que se afirmou, o que consta foi que houve uso dos mesmos equipamentos, ainda que possam ter sido substituídos com o passar do tempo, pois a agravante sequer impugnou a existência de contrato de locação dos bens, com contraprestação pecuniária abaixo da praticada no mercado, firmado com a executada, e que foi demonstrado por *mídia* (f. 24), sendo que, após o distrato, os bens foram simplesmente deixados na sede da empresa para utilização a título gratuito.

A alegação de que o produto da arrematação do estabelecimento e das máquinas, depositado nos autos das EF nº 50/96 e 144/96, em curso na Comarca de Tanabi, poderia garantir o débito da Fazenda Nacional, é subterfúgio que não resiste à constatação de que tais valores não chegam a R\$ 250.000,00, enquanto a dívida alcança a cifra de R\$ 35.000.000,00, sendo relevante, ainda, salientar que a própria agravante mencionou a existência de diversas penhoras em ações trabalhistas.

A jurisprudência citada pela agravante, por sua vez, não colide com a solução conferida ao caso concreto, vez que, nos autos da execução, existem provas consistentes, sequer contestadas, de sucessão empresarial, que se buscou ocultar pela prática de atos formais de caráter e natureza diversa (arrematação e locação), com o fim de eximir-se a sucessora da responsabilidade pelas dívidas fiscais contraídas pela executada.

Por fim, desnecessária a propositura de ação de conhecimento para a responsabilização tributária da agravante, considerando que juntadas provas e documentos idôneos que demonstram a sucessão, podendo a sucessora, ainda, exercer a ampla defesa em embargos à execução, após garantido o Juízo, perante o qual poderá produzir contraprova hábil a afastar a veracidade e a contundência das provas que legitimaram a sua inclusão no pólo passivo.

Portanto, é manifestamente infundada a pretensão de reforma da decisão agravada, considerando o teor das provas coligidas no sentido de ter havido sucessão tributária da executada Frigorífico Avícola Tanavi Ltda. pela agravante. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00026 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0009412-81.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.009412-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
EMBARGANTE : SCOPUS TECNOLOGIA S/A e outro
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK e outro
EMBARGADO : DECISÃO DE FLS.
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
INTERESSADO : BRADESPAR S/A
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00040555620104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Vistos etc.

Trata-se de embargos de declaração contra provimento a agravo de instrumento, interposto de liminar em mandado de segurança para *"determinar que os impetrantes não sejam impedidos de indicar para parcelamento, quando intimados pelo Fisco para tal, débitos/processos em relação aos quais não tenham desistido de eventual defesa, recurso ou processo administrativo ou judicial até 1º de março de 2010, podendo formalizar a desistência no prazo previsto no artigo 6º da Lei nº 11.941/2009 e 13 caput da Portaria 6/2009 na redação original"*.

Alegou, em suma, a embargante a existência de omissão, pois, em 29.04.10, com disponibilização em 11.05.10, havia sido proferida sentença no mandado de segurança originário, tornando o presente agravo de instrumento prejudicado,

por perda de objeto, nos termos do artigo 33, XII, do Regimento Interno desta Corte; pelo que foi requerido o suprimento.

DECIDO.

Os embargos de declaração devem ser rejeitados, pois inexistente omissão, vez que o fato não foi levado a conhecimento nos autos anteriormente e, de outra parte, inexistente prejuízo, já que a decisão proferida no agravo dirige-se à liminar proferida e não à sentença que lhe foi superveniente, a qual se sujeita a recurso próprio e distinto. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00027 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034049-96.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034049-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ANTONIO CARLOS RAPOSO FERREIRA COSTA
ADVOGADO : DEISE MENDRONI DE MENEZES e outro
SUCEDIDO : NELSON FERREIRA DA COSTA
AGRAVADO : Banco Central do Brasil
ADVOGADO : JOSE OSORIO LOURENCAO
PARTE AUTORA : MARIA ALICE COSTA VIEIRA e outro
: MARIA REGINA FERREIRA COSTA CABRERA
PARTE RE' : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00201508919954036100 8 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita.

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição, em execução de sentença, de nulidade do processo por ilegitimidade passiva, com condenação em litigância de má-fé.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC.

Com efeito, sobre a validade da execução, feita pelo BACEN, de verba honorária sucumbencial, houve discussão, anterior, em exceção de pré-executividade, apreciada nesta Corte, em agravo de instrumento, que foi assim desprovido:

AG 2008.03.00.005839-4, Rel. Juiz Conv. SOUZA RIBEIRO: " TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. CARACTERIZADA A ESCUSA DOS EXECUTADOS EM PAGAR O DÉBITO EXEQUENDO. AGRAVO DESPROVIDO. I - Conforme assentado pela Súmula nº 153 do extinto TFR, o crédito tributário deve ser constituído, mediante lançamento regularmente notificado ao contribuinte dentro do quinquênio do artigo 173 do CTN, fluindo a partir desta constituição, em princípio (pois pode haver suspensão da prescrição enquanto a exigibilidade do crédito estiver suspensa como, por exemplo, no caso de recursos administrativos), o prazo quinquenal de prescrição para a ação executiva, que se rege pelo artigo 174 do CTN. II - A prescrição em matéria tributária depende de invocação da parte interessada, salvo hipóteses de prescrição intercorrente da ação executiva, em que a lei atual prevê a declaração judicial de ofício, após a oitava da Fazenda Pública (§ 4º do artigo 40 da LEF, na redação da Lei nº 11.051, de 29.12.2004), regra de aplicação imediata mesmo aos processos pendentes, ou ainda, conforme vinha sendo admitido na jurisprudência, nos casos em que o executado não era encontrado para citação, quando se entendia inaplicável a regra do CPC, artigo 219, § 5º. III - A prescrição somente está sujeita às causas de interrupção previstas no artigo 174 do CTN, via de regra sendo interrompida apenas pela citação pessoal; é inaplicável a regra do art. 8º, § 2º da Lei nº 6.830/80 (interrupção da prescrição na data do despacho que ordena a citação), por incompatibilidade com as normas do CTN, que possuem natureza de lei complementar. A regra da interrupção da prescrição na data do despacho que ordena a citação, instituída pela Lei Complementar nº 118/2005 (DOU 09.02.2005) na alteração do inciso I, do parágrafo único, do CTN, teve vigência 120 dias a partir da publicação da referida norma e, por sua natureza, tem aplicação imediata aos atos processuais realizados a partir de sua vigência; IV - A demora da citação, sem concorrência da Fazenda exequente, mas apenas

pelos mecanismos inerentes da Justiça ou atos fraudulentos da parte executada, não pode prejudicar o direito da exequente - Súmula nº 106 do STJ -, pelo que incabível o cômputo deste período para fins de prescrição; V - Por prevalecer na espécie o sistema de regras do CTN, norma de hierarquia superior (lei complementar), o qual por decorrência do princípio geral da segurança jurídica e necessidade de pacificação dos conflitos não admite ações imprescritíveis - são inaplicáveis as regras: a) da Lei nº 6.830/80, artigo 2º, § 3º (suspensão pela inscrição do crédito na dívida ativa); e b) do artigo 40, §§ 1º e 2º, da LEF - regra relativa à matéria da prescrição intercorrente (suspensão da prescrição quando ocorre a suspensão do processo de execução pelo motivo de não localização do devedor ou não localização de bens sobre os quais possa recair a penhora. VI - Caso em que o BACEN iniciou a execução do julgado aos 20/06/2001, de modo que não transcorreu o prazo relativo à prescrição quinquenal, tendo em vista a data do trânsito do acórdão - 17/03/2000. Ocorre que, conforme consta dos autos, por meio de petições tanto do agravado (fls. 65/68), quanto dos agravantes (78/83), é fato incontroverso que o inventário encerrou-se em 27/08/1992 e a ação ordinária em questão, ajuizada posteriormente a essa data, qual seja, 15/03/1995, denominou em seu pólo ativo "Espólio de Nelson Ferreira da Costa, devidamente representado pelo inventariante Antonio Carlos Raposo Ferreira Costa". Desse modo, patente a irregularidade promovida pela própria parte autora da demanda, uma vez que tendo ciência do término da ação de inventário há mais de dois anos, denominou-se como parte legítima para propor a demanda em que pretendia buscar diferenças de correção monetária sobre caderneta de poupança. VII - Estão, os agravantes, nesse momento, pretendo valer-se da irregularidade cometida para se eximir do pagamento da verba honorária devida em favor do agravado, naquele feito. VIII - Também não lhes socorre a alegação de que não tinham conhecimento da execução, uma vez que o advogado então constituído nos autos do inventário não mais lhes representava na demanda ordinária aforada em face do BACEN. Com efeito, conforme fizeram juntar aos presentes autos, o próprio advogado, por meio de petição de fls. 60, noticia ter tido contato com o filho do Sr. Antonio Carlos Raposo Ferreira Costa, então agravante, o qual, inclusive, teria lhe informado o novo endereço de seu genitor. Petição essa protocolada aos 25/10/2002. IX - Com efeito, talvez tivesse se equivocado o BACEN em sua petição de fls. 65/68, protocolada aos 05/10/2005, ao requerer a intimação do Sr. Antonio Carlos Raposo Ferreira Costa em endereço constante dos autos do inventário, quando nos autos que originaram o presente agravo já havia informação de outro endereço (Rua 3, Lote 14, Loteamento Recanto das Águas - Bairro das Moreiras - fls. 60). De todo modo, requereu na mesma petição, que a execução fosse promovida também em relação às ora agravantes - Maria Alice Costa Vieira e Maria Regina Ferreira Costa Cabrera, indicando os endereços em que pudessem ser possivelmente encontradas. X - Vale ressaltar que, por ocasião daquela petição, o BACEN já havia salientado ter promovido diversas diligências na tentativa de localizar o primeiro executado, ressaltando, inclusive, naquela oportunidade, haver fundado receio de que o mesmo estaria se ocultando ao recebimento do mandado de citação. Parece-me ir de encontro a essa conclusão, o fato de que até na exceção de pré-executividade oposta a fls. 78/84 - onde os executados afirmam estar se dirigindo ao juízo "espontaneamente", ingressando nos autos por meio de outro patrono constituído, sequer mencionaram os endereços de suas residências, tendo, tão somente, informado como seus domicílios o endereço do escritório de seu patrono. XI - Evidente a má-fé dos agravantes, uma vez que, nos termos do art. 70 do Código Civil, "o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo", exceto os casos previstos nos arts. 71 a 73, que não se enquadram na situação dos autos. O art. 76 do Código Civil prescreve, ainda, que "têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso", dispondo em seu parágrafo único, que "o domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença." Portanto, nos termos da legislação civil em vigor, os executados tem a obrigação legal de indicar como seus domicílios o mesmo endereço de suas respectivas residências, já que não há previsão legal dispondo sobre a possibilidade de escolherem como domicílio o de seu patrono. X - Decisão agravada que se mantém, diante da inocorrência da prescrição intercorrente. XI - Agravo desprovido."

Houve embargos declaratórios, assim julgados:

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HIPÓTESES DE CABIMENTO - ERRO DE FATO NA FUNDAMENTAÇÃO - CORREÇÃO, COM MANUTENÇÃO DO RESULTADO DO ACÓRDÃO. I - Os embargos de declaração, conforme CPC, art. 535, somente são admissíveis nos casos de obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão. II - Não se admite o caráter infringente dos embargos, isto é, a modificação substancial do julgado, salvo em hipóteses excepcionais quando: 1) decorrer logicamente da eliminação de contradição ou omissão do julgado; 2) houver erro material; 3) ocorrer erro de fato, como o julgamento de matéria diversa daquela objeto do processo; 4) tiver fim de questionar matéria para ensejar recursos especiais ou extraordinários. III - Inexistência do vício de contradição alegado pela embargante, pois o acórdão indicou os fundamentos jurídicos de seu entendimento, sendo que a alegação de falha do julgado quanto ao dispositivo legal regulador da prescrição no caso específico não importa em contradição hábil à correção através de embargos declaratórios, mas sim em pretensão de reexame de mérito da causa julgada a ser veiculada através de recursos adequados às instâncias superiores. IV - Anote-se, de outro lado, que a própria parte agravante, ao suscitar a questão da prescrição intercorrente através da exceção de pré-executividade (fls. 78/83) e neste mesmo agravo, sustentou que a prescrição na espécie se daria pelo prazo de 5 (cinco) anos, invocando a incidência da regra

específica prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94, art. 25, II), o qual afasta a incidência de outras regras legais gerais a respeito da prescrição, prazo este que foi o mesmo considerado pelo r. juízo "a quo" na decisão agravada (fl. 93), sendo que o acórdão ora embargado, embora fazendo menção a dispositivos reguladores da prescrição dos créditos tributários, fez análise da prescrição pelo mesmo prazo quinquenal postulado pela própria agravante, razão pela qual deve ser dado parcial provimento aos embargos apenas para correção da sua fundamentação legal pelo evidente erro de fato (para manter a fundamentação legal da decisão agravada), devendo-se porém manter o acórdão quanto à sua conclusão de rejeição da alegada prescrição intercorrente. V - Inocorrência de omissão do acórdão quanto ao prazo de prescrição de 1 (um) ano previsto no Código Civil/1916, art. 178, § 6º, inciso X, o qual foi mencionado apenas nestes embargos declaratórios com nítida pretensão de alterar a controvérsia travada nos autos e com pretensão nitidamente infringente do mérito do acórdão, inadequado nesta via recursal. VI - Embargos declaratórios parcialmente providos, apenas para alterar a fundamentação do acórdão embargado quanto à regra legal da prescrição aplicável ao caso, mantendo o julgado, porém, quanto ao seu resultado."

E outros embargos declaratórios assim solucionados:

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - HIPÓTESES DE CABIMENTO - INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO - FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE - PREQUESTIONAMENTO - ANÁLISE DAS QUESTÕES JURÍDICAS DEFINIDORAS DA LIDE - INDEVIDO CARÁTER INFRINGENTE - EMBARGOS REJEITADOS. I - Os embargos de declaração, conforme CPC, art. 535, somente são admissíveis nos casos de obscuridade, contradição ou omissão da sentença ou acórdão. II - Não se admite o caráter infringente dos embargos, isto é, a modificação substancial do julgado, salvo em hipóteses excepcionais quando: 1) decorrer logicamente da eliminação de contradição ou omissão do julgado; 2) houver erro material; 3) ocorrer erro de fato, como o julgamento de matéria diversa daquela objeto do processo; 4) tiver fim de prequestionar matéria para ensejar recursos especiais ou extraordinários. III - Caso em que o acórdão embargado indicou expressamente os fundamentos jurídicos pelos quais entendeu não ter ocorrido omissão no julgado prolatado a fls. 173/179 quanto ao prazo de prescrição de 1 (um) ano previsto no art. 178, §6º, inciso X do Código Civil de 1916, ocasião em que ressaltou ter sido mencionado nos primeiros embargos com pretensão nitidamente infringente. IV - O juiz ou tribunal deve decidir a questão controvertida indicando os fundamentos jurídicos de seu convencimento, não estando, porém, obrigado a responder a cada uma das alegações das partes, quando já expôs motivação suficiente para sustentar sua decisão de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. V - A jurisprudência já se consolidou no sentido de que não se faz necessária sequer a referência literal às normas respectivas, para que seja situada a controvérsia no plano legal ou constitucional. VI - Embargos com indevido caráter meramente infringente. Embargos de declaração rejeitados"

A decisão agravada destacou que *"Se os executados ajuizaram demanda indevidamente em nome do espólio de Nelson Ferreira da Costa, quando já havia partilha dos bens, sendo partes legítimas seus sucessores, estes não podem invocar tal ilegitimidade originária, no processo de conhecimento, para livrarem-se dos ônus da sucumbência. Acolher tal pretensão, isentando os sucessores do espólio dos ônus da sucumbência, seria compactuar com uma verdadeira fraude processual, uma vez que se admitiria que a parte, que não tinha legitimidade ativa para a causa no processo de conhecimento, e não teve decretada tal ilegitimidade no julgamento da causa, pode agora levantar uma questão superada pela coisa julgada, apenas para livrar-se da responsabilidade sucumbencial"* (f. 21 e v.).

Além disso, afirmou que a alegação de ilegitimidade de parte havia sido apreciada por esta Turma no supracitado agravo de instrumento, o que, efetivamente, ocorreu, quando se decidiu, *verbis*:

"Ocorre que, conforme consta dos autos, por meio de petições tanto do agravado (fls. 65/68), quanto dos agravantes (78/83), é fato incontroverso que o inventário encerrou-se em 27/08/1992 e a ação ordinária em questão, ajuizada posteriormente a essa data, qual seja, 15/03/1995, denominou em seu pólo ativo "Espólio de Nelson Ferreira da Costa, devidamente representado pelo inventariante Antonio Carlos Raposo Ferreira Costa". Desse modo, patente a irregularidade promovida pela própria parte autora da demanda, uma vez que tendo ciência do término da ação de inventário há mais de dois anos, denominou-se como parte legítima para propor a demanda em que pretendia buscar diferenças de correção monetária sobre caderneta de poupança. VII - Estão, os agravantes, nesse momento, pretendendo valer-se da irregularidade cometida para se eximirem do pagamento da verba honorária devida em favor do agravado, naquele feito"

Também a litigância de má-fé restou decidida, verificando-se que se buscou frustrar a cobrança da verba honorária, imposta na condenação, com a invocação de irregularidade a que a parte deu causa e de que se valeu para propor a ação, além da prática de condutas destinadas a dificultar a própria execução da sucumbência, a teor do que exposto no acórdão transcrito.

Como se observa, tanto a coisa julgada - que não pode ser objeto de rescisão, através de agravo de instrumento -, como os acórdãos anteriores da Turma, supracitados, tornam manifestamente inviável o acolhimento do pedido de reforma.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do CPC, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00028 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033199-42.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033199-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ORGANIZACAO SANTAMARENSE DE EDUCACAO E CULTURA OSEC
ADVOGADO : SERGIO HENRIQUE CABRAL SANT ANA
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
PARTE RE' : FILIP ASZALOS
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00306229520084036100 26 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Preliminarmente, providencie a agravante, em 5 (cinco) dias, o recolhimento do preparo na **Caixa Econômica Federal**, códigos 5775 e 8021, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 9.289/96 e Resolução nº 278/2007 desta Corte, sob pena de negativa de seguimento ao presente recurso.
Publique-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00029 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031819-81.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.031819-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : PALHARES ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO : MARCELLO DANIEL CRISTALINO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00196621220104036100 6 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança para que seja **"expedido comando à autoridade coatora para que retifique os DARF's vincendos de códigos 1285 e 1240, a fim de que sejam gerados novos com o valor certo, qual seja, o mínimo exigível (R\$ 100,00), sendo mantido esse procedimento até a consolidação do débito tributário parcelado e abatimento do crédito da impetrante, ou, sucessivamente, para que utilize o crédito da impetrante em face da União para pagamento das parcelas vincendas do REFIS IV, até o limite do crédito"**.

No MS 0019662-12.2010.403.6100, o impetrante alegou, em suma, que: (1) impetrou o MS 2005.61.00.019622-7 e 2005.61.00.014290-5, tramitando em apenso, para, respectivamente, afastar a cobrança da COFINS, por se tratar de sociedade civil com profissão regulamentada, e excluir da COFINS as parcelas que viriam a ser recolhidas no parcelamento, PAES; (2) efetuou depósito judicial no curso das respectivas ações, de R\$ 481.811,19 (R\$ 654.802,72, atualizado para outubro/2009); (3) julgadas improcedentes, houve apelação; (4) enquanto se aguardava o julgamento dos recursos, sobreveio a Lei 11.941/09, que instituiu o parcelamento REFIS IV, tendo, então, formulado pedido de adesão, protocolando desistência das apelações, e pedido de conversão dos depósitos em renda da União; (5) no aguardo da homologação, impetrou o MS 2009.61.00.023402-7, para que fosse **"expedido comando à autoridade coatora para que retifique os DARF's de códigos 1285 e 1240, a fim de que sejam gerados novos com o valor certo, qual seja, o mínimo exigível (R\$ 100,00), sendo mantido esse procedimento até a consolidação do débito tributário parcelado e abatimento do crédito da agravante, ou, sucessivamente, para que utilize o crédito da agravante em face da União para pagamento das parcelas vincendas do REFIS IV, até o limite do crédito"**; (6) a liminar foi indeferida, tendo sido interposto recurso o AG 2009.03.00.038670-5, em que negada a antecipação da tutela recursal, sob o fundamento de que não havia comprovação de **"que tenham sido homologadas as desistências das apelações, e , tampouco que as**

conversões em renda da UNIÃO tenham sido efetivadas"; (7) diante disso, desistiu do agravo de instrumento e do mandado de segurança principal; (8) posteriormente, o relator das apelações homologou as desistências e determinou a conversão dos depósitos em favor da UNIÃO; (9) cumpridas as duas exigências definidas no agravo de instrumento, tornou-se aplicável o disposto no artigo 10 da Lei 11.941/09, que determina o abatimento dos depósitos convertidos dos valores parcelados, o que, porém, não ocorreu até o momento; (10) deve ser aplicado o artigo 1º, §6º, II, da Lei 11.941/09 e artigo 3º, III, da Portaria Conjunta PGFN/RFB 06/09, que determina que até a consolidação dos débitos no parcelamento, o contribuinte fica obrigado a pagar, a cada mês, prestação no valor mínimo de R\$ 100,00; (11) a SRFB e a PGFN dividiram os débitos a serem parcelados em oito espécies, de modo que para cada uma delas é expedida uma DARF para o pagamento da prestação; (12) duas DARFs emitidas em nome da agravante, com códigos de receita 1285 e 1240, extrapolam o limite mínimo legalmente definido, sendo mensalmente expedido nos valores de R\$ 16.542,83 e R\$ 1.737,00, respectivamente, cabendo a determinação para que sejam os valores retificados para o mínimo legal previsto até a consolidação do débito parcelado ou que seja garantida a utilização de seu crédito para pagamento das parcelas vincendas do REFIS IV, até o respectivo limite.

O Juízo *a quo* assim negou a liminar:

"Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, em que se pleiteia o reconhecimento do direito ao pagamento das parcelas no mínimo legal (R\$ 100,00) nos termos da Lei nº 11.941/09, mediante a retificação das correspondentes guias de parcelamento (códigos 1285 e 1240), até a consolidação do débito tributário parcelado e abatimento de valores convertidos em renda provenientes de depósitos judiciais. Foram juntados documentos.

Determinada a regularização da inicial (fls. 179), foi apresentada petição às fls. 180/184.

Os autos foram distribuídos por dependência ao MS nº 2009.61.00.023402-7, atualmente arquivados após sentença homologatória de pedido de desistência.

É o relatório do necessário. Decido em análise perfunctória.

1. Recebo a petição de fls. 180/184 como emenda à inicial. Anote-se.

2. Preliminarmente cumpre transcrever o seguinte excerto da r. decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.61.00.023402-7, em sede de liminar, que se aplica ao caso concreto, motivo pelo qual deve ser ratificado:

"Em que pesem os argumentos expendidos na inicial, considero ausente o fumus boni iuris essencial à concessão da medida liminar. Com efeito, ao ter ingressado no sistema denominado REFIS, a impetrante assumiu o ônus do regramento aplicável à modalidade.

O parcelamento tributário é favor legal concedido, de forma excepcional, àqueles administrados que preenchem certos requisitos estipulados no interesse da Administração, devendo a norma que o veicula ser interpretada restritivamente nos termos do CTN.

Apenas por interpretação extensiva seria possível o deferimento da pretensão inaugural, considerando-se que a legislação vigente expressamente desautoriza o parcelamento na forma proposta pela autora.

O artigo 155-A, 1º, do Código Tributário Nacional dispõe que:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

O parcelamento de débitos condiciona-se à expressa previsão legal. Configura-se em uma das modalidades de suspensão do crédito tributário e, como dispõe o artigo 111, inciso I, do CTN, sua concessão deve estar adstrita aos termos previstos na norma.

Sendo, pois, uma forma de benefício concedido para a quitação do débito, deve ser ele cumprido em seus estritos termos, a menos que reste devidamente comprovada ilegalidade ou abusividade das condições nele impostas.

Ademais, compulsando os autos verifica-se que a impetrante, somente nesta data, protocolou pedido de desistência do recurso de apelação perante o E. Tribunal Regional da 3ª Região (fl.77/78).

Assim, não estando preenchida uma das exigências necessárias à concessão da medida postulada, INDEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR. Notifique-se a autoridade impetrada para que preste as necessárias informações. Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal"

Pela verificação dos documentos que acompanham a petição inicial, aparentemente a situação reflete demora na análise do pedido formulado administrativamente. Tais motivos deverão ser esclarecidos pela autoridade coatora, em suas informações.

De toda sorte, além de não haver alegação nesse sentido, não consta dentre a documentação juntada prova de que a impetrante tenha comunicado, à autoridade administrativa, a efetivação das conversões em renda ocorridas judicialmente.

Deveras, somente com a ciência de tais ocorrências, devidamente comprovadas por documentos idôneos, poderá o impetrado realizar o abatimento dos respectivos montantes, consolidando a dívida tributária da interessada, para fins de parcelamento.

Assim, não se encontra presente o fumus boni iuris essencial à concessão da medida.

Isto posto, INDEFIRO A LIMINAR. Em caso de irrisignação, a interessada deverá socorrer-se das vias próprias".

Contra tal decisão o presente recurso, reiterando os fundamentos da impetração
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o parcelamento não configura direito do contribuinte, que possa ser invocado independentemente de lei ou sem a observância dos requisitos previstos em legislação específica (artigo 155-A, CTN). Assente que o contribuinte não pode auferir o benefício do parcelamento sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

Tal orientação encontra-se firmada na Corte, em reiterados julgados dentre os quais:

AMS nº 2002.03.99001698-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 19/07/2006: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DEFESA PRELIMINAR. PEDIDO DE PARCELAMENTO. MP Nº 1.699-41/98. LEI Nº 10.522/02. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL DE DESISTÊNCIA E CONFISSÃO IRRETRATÁVEL DO DÉBITO FISCAL. BENEFÍCIO FISCAL. TAXA SELIC. VALIDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL. 1. As preliminares suscitadas devem ser rejeitadas: a de falta de documentação essencial porque a inicial é formalmente idônea, estando instruída com documentos próprios ao exame do mérito; e a de perda parcial de objeto da ação, porque em verdade indissociáveis os requisitos da desistência e da confissão irretratável do débito fiscal, remanescendo o interesse processual da impetrante em discutir o direito ao parcelamento, como pleiteado. 2. O parcelamento configura benefício fiscal, sujeito aos requisitos legais, não padecendo de inconstitucionalidade ou ilegalidade qualquer das condições, fixadas em contrapartida ao parcelamento de débitos fiscais em condições favoráveis ao contribuinte, e destinadas à garantia da execução do acordo, com a adimplência da obrigação fiscal. 3. A confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial, envolvendo os débitos fiscais incluídos no parcelamento, não viola princípios constitucionais nem preceitos legais. 4. Consolidada a jurisprudência no sentido da validade da aplicação da Taxa SELIC como encargo moratório na cobrança de débitos fiscais, abrangendo inclusive a hipótese de parcelamento."

AMS nº 2000.61.00013024-3, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 05/10/2009: "MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL-REFIS - LEI Nº 9.964/00 - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - CONSTITUCIONALIDADE. 1- O Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei nº 9.964/2000, é destinado a promover a regularização de débitos existentes para com a União Federal, sendo facultado ao contribuinte a adesão voluntária. 2- O parcelamento não constitui um direito subjetivo do contribuinte, mas traduz-se em um benefício fiscal, representando verdadeira transação, levada a efeito por meio de um ato de vontade do contribuinte, o qual aceita as condições legais que disciplinam o acordo com a União, permitindo a satisfação da obrigação tributária mediante o pagamento em condições mais vantajosas, afastando os efeitos da inadimplência. 3- Por outro lado, a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica às condições que o Programa estabelece, dentre as quais, a confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial envolvendo os débitos parcelados, a abertura do sigilo bancário, o compromisso de regularidade fiscal e a exigência de garantia, para os grandes devedores. 4- Não se há falar em violação aos princípios constitucionais invocados, levando em consideração, ainda, que todas as condições constantes do programa são dadas ao conhecimento da pessoa jurídica, quando da sua opção. 5- Não há que se cogitar, tampouco, de ilegalidade diante dos preceitos do Código Tributário Nacional, porquanto a confissão de dívida acompanhada de pedido de parcelamento não configura denúncia espontânea, visto que não extingue automaticamente os débitos tributários, de modo que é legítima a incidência da multa moratória. De outra parte, o débito fiscal parcelado está sujeito aos encargos moratórios, podendo os juros ser fixados além de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do parágrafo 1º do artigo 161 do CTN, sendo aplicável, outrossim, a Taxa SELIC. 6- Tendo por substrato um verdadeiro ato de vontade, em princípio, a menos que haja a demonstração de plano da violação de direito líquido e certo do contribuinte, as condições do parcelamento não podem ser modificadas pelo Poder Judiciário, em substituição à autoridade administrativa. 7- Apelação a que se nega provimento."

AC nº 2006.61.05014281-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 19/01/2010: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO DO DÉBITO INSTITUÍDO PELA MP N.º 303/2006 - PAEX. CONFISSÃO DOS DÉBITOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. O ingresso no Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX, é uma faculdade da pessoa jurídica, cabendo a ela aferir se lhe é vantajoso. 2. Uma vez feita a opção pelo Programa, o contribuinte deve submeter-se às condições impostas na Medida Provisória n.º 303/2006, pois neste ambas as partes hão de fazer concessões recíprocas, já que o Programa não busca conferir vantagens apenas a um dos envolvidos na relação jurídica tributária. Ambas as partes, em certa medida, devem renunciar para compor. 3. A confissão irrevogável e irretratável do débito é uma das condições a que está sujeito o contribuinte ao aderir ao Programa, nos termos do art. 1º, § 6º da MP n.º 303/06. Noticiada a adesão, em princípio, o feito deveria ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pela carência superveniente da ação - falta de interesse processual. 4. Sendo descabida, nesta instância recursal, a alteração do dispositivo monocrático de julgamento de improcedência do feito, sob pena de reformatio in pejus, há que ser mantida a r. sentença de primeiro grau, mormente considerando-se que o patrono da apelante nada requereu nesse sentido. 5. Apelação improvida."

Na espécie, consta dos autos que, dentre as oito "espécies" de tributos parcelados pelo contribuinte, nos termos da Lei 11.941/09 (f. 183), são apenas duas as situações em relação às quais se discute a legalidade da definição eletrônica do valor das parcelas, administrativamente fixadas em R\$ 16.542,83 (f. 190/208) e R\$ 1.737,00 (f. 209/28), em valor acima, portanto, do estabelecido no artigo 1º, §6º, II, da Lei nº 11.941/09, ou seja, R\$ 100,00.

Sucedem que tais tributos têm código de receita 1285 e 1240, relativo à "**LEI 11.941/09-RFB-DEMAIS DEBITOS-PARCELAMENTO ART. 3º**" e "**LEI 11.941/09-RFB-DEB PREV-PARCELAMENTO ART. 3º**", respectivamente. O artigo 3º da Lei 11.941/09 dispõe sobre o parcelamento de débitos "**que tenham sido objeto do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei no 9.964, de 10 de abril de 2000, do Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei no 10.684, de 30 de maio de 2003, do Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória no 303, de 29 de junho de 2006, do parcelamento previsto no art. 38 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e do parcelamento previsto no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002**".

Evidencia-se, pois, que os valores lançados eletronicamente nos tais DARFS retratam, especificamente, saldo remanescente de antigos parcelamentos, acerca dos quais dispõe a Lei 11.941/09:

"Art. 3º No caso de débitos que tenham sido objeto do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, do Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei no 10.684, de 30 de maio de 2003, do Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória no 303, de 29 de junho de 2006, do parcelamento previsto no art. 38 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e do parcelamento previsto no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, observar-se-á o seguinte:

[...]

§ 1º Relativamente aos débitos previstos neste artigo:

I - será observado como parcela mínima do parcelamento o equivalente a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor da última parcela devida no mês anterior ao da edição da Medida Provisória no 449, de 3 de dezembro de 2008;

II - no caso dos débitos do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, será observado como parcela mínima do parcelamento o equivalente a 85% (oitenta e cinco por cento) da média das 12 (doze) últimas parcelas devidas no Programa antes da edição da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008;

III - caso tenha havido a exclusão ou rescisão do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS em um período menor que 12 (doze) meses, será observado como parcela mínima do parcelamento o equivalente a 85% (oitenta e cinco por cento) da média das parcelas devidas no Programa antes da edição da Medida Provisória no 449, de 3 de dezembro de 2008".

O artigo 1º, § 6º, II, da Lei 11.941/09, invocado pela agravante, apenas estabelece que, observado o artigo 3º, acima transcrito, "**a dívida objeto do parcelamento será consolidada na data do seu requerimento e será dividida pelo número de prestações que forem indicadas pelo sujeito passivo, nos termos dos §§ 2º e 5º deste artigo, não podendo cada prestação mensal ser inferior a: I - R\$ 50,00 (cinquenta reais), no caso de pessoa física; e II - R\$ 100,00 (cem reais), no caso de pessoa jurídica**".

Não existe, como se observa, direito de recolher apenas cem reais mensais, pois o que o preceito estabelece é a **proibição de parcela inferior** a tal valor, no caso de pessoa jurídica, devendo a prestação ser calculada conforme os critérios do artigo 3º, atrelados ao valor das prestações devidas no parcelamento anterior.

Os depósitos nas ações 2005.61.00.019622-7 e 2005.61.00.014290-5 (f. 45 e 48/52), como informado pela CEF, foram transformados em pagamento definitivo à UNIÃO, na forma da Lei 9.703/98, respectivamente com os valores de R\$ 81.607,08 e R\$ 400.204,11 (f. 56/7 e 62/8), ao passo que, conforme disse nos autos a própria agravante, o parcelamento anteriormente requerido, com base na Lei 10.684/03 (PAES), tinha dívida consolidada no valor de **R\$ 2.247.906,09**, abrangendo não apenas a COFINS discutida judicialmente, e cujos depósitos são parciais, vinculados ao período a que se referem, demonstrando, portanto, antes de mais nada, que o saldo devedor do parcelamento anterior, a partir do valor da respectiva prestação, vincula, no percentual citado, o cálculo do valor relativo à prestação do parcelamento atual, abrangendo as dívidas anteriores e as que foram eventualmente incluídas neste parcelamento.

Por outro lado, embora invocado o artigo 10 da Lei 11.941/09, não se demonstrou que o saldo do parcelamento anterior, refletido nos DARFS que foram emitidos, foi ilegalmente apurado e, mais, que pudesse conduzir à redução da parcela mensal provisória a apenas cem reais, como pretendido, a despeito de configurar tal montante o **valor mínimo** e não máximo, nos termos do artigo 1º, §6º, II, da Lei nº 11.941/09.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00030 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033220-18.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033220-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ATLANTA QUIMICA INDL/ LTDA
ADVOGADO : MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00050611220084036119 3 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em embargos à execução fiscal, recebeu a apelação, interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido, no efeito meramente devolutivo, alegando, em suma, a presença de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, aduzindo que "*os bens penhorados superam satisfatoriamente os valores cobrados na execução fiscal*".

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não tem efeito suspensivo, salvo em situações extremas e excepcionais, a apelação interposta contra sentença de rejeição liminar ou de improcedência total ou parcial de embargos à execução, fundada em título extrajudicial, pois definitiva a sua execução, nos termos do artigo 587 do Código de Processo Civil.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

- EDcl no REsp nº 996.330, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 24.03.09: "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA EXECUTADA. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. ART. 520, V, DO CPC. APLICAÇÃO. 1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada. 2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal. 3. Hipótese em que os Embargos à Execução foram julgados parcialmente procedentes. A apelação interposta pelo executado refere-se, evidentemente, à parcela de improcedência. Aplica-se, portanto, o disposto no art. 520, V, do CPC, e o apelo é recebido apenas no efeito devolutivo. 4. A Execução relativa à parcela do título extrajudicial não afastada pela sentença dos Embargos prossegue como definitiva, nos termos da Súmula 317/STJ. 5. Agravo Regimental não provido."

- RESP nº 840.638, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 07.02.08, p. 1: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO PENDENTE. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que é definitiva a execução advinda de título executivo extrajudicial, ainda que esteja pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Isso, porque, em conformidade com o disposto no art. 587 do Código de Processo Civil, a execução fundada em título extrajudicial tem natureza definitiva, mesmo quando não transitada em julgado a decisão que rejeita os embargos do devedor, na medida em que a apelação eventualmente interposta, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC). 2. "O título base é que confere definitividade à execução. Assim, se a execução inicia-se com fulcro em título executivo extrajudicial e os embargos oferecidos são julgados improcedentes, havendo interposição pelo executado de apelação sem efeito suspensivo, prossegue-se, na execução, tal como ela era; vale dizer: definitiva, posto fundada em título extrajudicial. Ademais, neste caso, não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor" (AgRg nos EREsp 582.079/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.5.2006). 3. Tendo em vista a uniformização do referido entendimento nesta Corte de Justiça, foi editada a Súmula 317/STJ: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos." 4. Recurso especial provido."

- AG nº 2006.03.00020718-4, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 16.04.08, p. 629: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO NO DUPLO EFEITO. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I - Nos termos do art. 520, inciso V, do CPC, a apelação será recebida somente em seu efeito devolutivo quando interposta de decisão monocrática que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes, interpretação que, entendendo, deva ser literal, já que na hipótese parece configurar-se que a intenção do legislador foi a de atribuir a princípio o efeito devolutivo e suspensivo a todas as apelações, passando, em seguida, a enumerar as hipóteses de recebimento do recurso tão-somente no efeito devolutivo, de forma taxativa, nos incisos I a VII do citado artigo. II - É certo que seria possível admitir o cabimento do efeito suspensivo em casos excepcionais, nos quais fosse plausível a possibilidade de reforma da sentença recorrida e factível o receio de inocuidade da tardia tutela recursal. Não é o que ocorre no caso dos autos, contudo, onde não restou demonstrada a possibilidade de dano

irreparável ou de difícil reparação que possa decorrer do recebimento do apelo em um único efeito. III - Agravo de instrumento improvido."

Consolidando a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 317, segundo a qual: "***É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos***".

Tal conclusão encontra-se reforçada, na atualidade, com a edição da Lei nº 11.382/06, que incluiu ao Código de Processo Civil o artigo 739-A, prevendo que "***Os embargos do executado não terão efeito suspensivo***", estando consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que tal preceito tem aplicabilidade nas execuções fiscais (v.g.: AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07; e AG nº 2007.03.00.088562-2, Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 08.07.08).

Certo, pois, que o efeito suspensivo aos próprios embargos do devedor ou à apelação não é possível, salvo em situações excepcionais, de que não se cogita no caso concreto, pois nem sob a perspectiva do *fumus boni iuris*, considerando o que constou da sentença e o que deduzido na apelação, nem sob a do *periculum in mora*, em que se alegou não haver dano à Fazenda Nacional em aguardar o trânsito em julgado por haver garantia suficiente, encontra o pedido a necessária excepcionalidade para o acolhimento da pretensão.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00031 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035003-45.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035003-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP
ADVOGADO : SIMONE APARECIDA DELATORRE e outro
AGRAVADO : SANTA CASA DE MISERICORDIA DE PINDAMONHANGABA
ADVOGADO : WILSON JOSE DA SILVA FILHO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00023549420104036121 9 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra liminar, em mandado de segurança, para "*suspender a cobrança das multas impostas à impetrante pelos autos de infração nºs 110798, 233735 e 111251, em virtude de ausência de responsável técnico farmacêutico, bem como para que a autoridade impetrada se abstenha de cobrar anualidades, de aplicar multas e de exercer fiscalização perante a impetrante, até ulterior decisão*" (f. 106).

Alegou a agravante, em suma, que: (1) a Santa Casa de Misericórdia de Pindamonhangaba possui 209 leitos, ultrapassando os limites impostos pela Súmula nº 140/TFR; (2) mantém uma farmácia hospitalar e não um dispensário médico, sendo indispensável a presença de profissionais farmacêuticos habilitados durante o horário de funcionamento do hospital; e (3) tem competência para fiscalizar a efetiva prestação de assistência farmacêutica.

DECIDO.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "*salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "*inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de *periculum in mora*, apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato do direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao *fumus boni iuris*, legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância *a quo*.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00032 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031800-75.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.031800-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : EDUARDO LOURENCO MACAGNANI
ADVOGADO : CELSO SPITZCOVSKY e outro
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00197444320104036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de antecipação de tutela, em ação ordinária, em que se pleiteia o reconhecimento da ilegalidade da correção da questão 4 do "Concurso Público para Provimento de Cargos de Auditor-Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego"; assim como da decisão dos recursos administrativos interpostos em face da mesma questão, permitindo sua reclassificação, nomeação e posse.

Na AO 0019744-43.2010.403.6100, o autor alegou, em suma, que: (1) classificado à segunda fase do "Concurso Público para Provimento de Cargos de Auditor-Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego", composta por questões dissertativas, não obteve aprovação após a correção; (2) interpôs recurso contra a correção da questão 4, tanto na parte de "idioma", quanto na de "conteúdo"; (3) quanto ao "conteúdo", a banca examinadora atribuiu, dos doze pontos possíveis, apenas três, sem nenhuma marcação explicativa; (4) em relação ao uso do "idioma", não houve a suposta falta de "coesão" do texto elaborado, conforme constou da correção; (5) ausente a razoabilidade e a fundamentação na correção; e (6) foram elaborados pareceres por "experts" particulares, no sentido de reconhecer a ilegalidade da subtração das notas do candidato.

A decisão agravada foi assim proferida (f. 109/11):

"Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, para que este Juízo determine a nomeação e posse do autor no cargo de Auditor Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, ainda que provisoriamente, até prolação de decisão definitiva.

Aduz, em síntese, que foi surpreendido com sua reprovação na segunda fase do concurso de Auditor Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, uma vez que a banca examinadora não se utilizou de devidos critérios de avaliação. Alega que interpôs recurso quanto à correção da questão n.º 04 de sua prova, que foi indeferido, razão pela qual busca o Poder Judiciário para resguardo de seu direito.

Acosta aos autos os documentos de fls. 24/92.

É o relatório. Passo a decidir.

O artigo 273 do Código de Processo Civil admite a antecipação dos efeitos da tutela, desde que estejam presentes determinados requisitos, dentre os quais destacam-se: prova inequívoca da verossimilhança das alegações; fundado

receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

De início ressalto que tanto a avaliação quanto a correção de provas e a atribuição de notas inserem-se no âmbito do poder discricionário da administração, razão pela qual são de responsabilidade da Banca Examinadora. Neste contexto a atuação do Poder Judiciário limita-se ao controle de legalidade dos atos perpetrados.

Assim, ao Poder Judiciário permite-se verificar a legalidade dos procedimentos adotados no concurso e seus aspectos formais, enquanto que a avaliação dos candidatos, por envolver critérios subjetivos, foge a esta análise até em respeito ao princípio da separação e independência dos poderes, art. 2º da CF.

No caso dos autos, o que se observa é que a prova do autor foi devidamente corrigida por examinador que atribuiu sua nota à questão n.º 04, justificando-a, ainda que sucintamente (fls. 65/69), bem como o recurso interposto foi devidamente analisado e indeferido (fls. 62/64; 70 e 75).

Assim, nesse juízo de cognição sumária, entendo que todos os aspectos formais atinentes à avaliação do impetrante foram observados (legalidade, motivação), havendo discordância quanto ao resultado desta avaliação que culminou com a reprovação, (conteúdo da decisão, juízo discricionário), o que não pode ser revisto por este juízo por se tratar de mérito administrativo.

Dessa forma, não vislumbro a necessária relevância nas alegações a justificar a concessão do pedido de tutela antecipada.

Assim sendo, INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA".

Contra tal decisão, houve o presente recurso, alegando, em suma, que o Juízo a quo, entendendo que *"a prova foi devidamente corrigida por examinador que atribuiu sua nota à questão, ainda que sucintamente"*, ignorou a argumentação da agravante, *"que procurou lastro na falta de razoabilidade e, pois, inconstitucionalidade, não só da correção levada a efeito, mas, também, da resposta ao recurso apresentado"*.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a controvérsia deduzida refere-se à correção da questão 4, da Prova Discursiva 2, do Concurso Público de Auditor Fiscal do Trabalho - MTE, elaborada nos seguintes termos (f. 81):

"Questão 4 - Segurança e Saúde no Trabalho.

O artigo 7º, XXII da CRB/88 garante aos trabalhadores direito 'à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança'. Ainda a CRB/88 ampliou o conceito de meio ambiente para além do natural, incluindo o meio ambiente artificial, cultural e do trabalho, ao determinar em seu artigo 225 que 'Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes futuras gerações'.

A partir do contexto acima apresentado, disserte sobre os seguintes pontos:

a) conceito e evolução da Saúde e Segurança no Trabalho, no direito brasileiro;

b) normas de segurança e saúde do trabalhador;

c) a validade normativa em nosso ordenamento jurídico quanto às delegações ao Ministério do Trabalho e Emprego previstas na cabeça do artigo 200 da CLT que diz: 'Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer normas de que trata este capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho especialmente sobre: [...]';

d) os efeitos normativos de Cláusula de Acordo Coletivo de Trabalho que desregulamenta norma jurídica Estatal que trata de saúde e segurança do trabalhador".

Houve o desenvolvimento da dissertação por parte do candidato (f. 82/3), tendo sido efetuada a correção pela banca examinadora. Os critérios para a apuração da nota foram previstos em edital, em grade de correção de prova discursiva (f. 79/80), utilizados para atribuir a nota do candidato, qual seja: nota 3 quanto ao "conteúdo", dentre 12 pontos possíveis, e nota 4.25 quanto ao "uso do idioma", dentre 8 pontos possíveis (f. 81).

Em razão de tal correção, o candidato interpôs recursos.

No tocante ao uso do idioma, assim alegou (f. 76/7):

"Solicito revisão da parte de idioma da questão 4 da prova discursiva de Direito do Trabalho, regulamentada pelo Edital ESAF nº 124/2009. O motivo da solicitação se deve aos fatos que passo a indicar a seguir.

Linhas 5, 9 e 14: Solicita-se a reavaliação dos erros apontados nas linhas 5 (SDC e COV), 9 (SDV) e 14 (SDC). Não há erro no emprego dos pronomes 'Essas', 'Esse' e de suas derivações. Como registram os principais dicionários (Houaiss e Aurélio) e gramáticas (as de Celso Cunha e Lindley Cinto e de Evanildo Bechara) do país, os pronomes demonstrativos 'esse(s)', 'essa(s)', 'isso' e suas formas derivadas têm, nas relações de coesão de um texto, papel anafórico, ou seja, servem para recuperar palavras e expressões já citadas no discurso. Os pronomes 'este(s)', 'esta(s)', 'isto' e suas derivações são fundamentalmente catafóricos (de antecipação de termos que ainda aparecerão); só devem ser empregados para recuperar quando há necessidade de desfazer ambigüidades. Nessas situações, eles farão referência ao elemento mais próximo. Não é o caso dos trechos indicados na redação. Pode-se até reconhecer, na repetição dos pronomes, uma inadequação quanto à concisão ou ao estilo; mas se trataria de um único erro, a ser caracterizado como COV (designação que, de fato, aparecer na linha 5). No que diz respeito ao

emprego dos demonstrativos, no entanto, não há desrespeito à norma-padrão nem prejuízo à unidade (portanto, à coesão) do texto.

Linha 26: Solicita-se a anulação do erro apontado na linha 26 (SDC). Não há, na linha 26 ou no fragmento indicado, erro quanto à coesão textual. As ligações e referências intratextuais estão claras e os conectivos estão adequadamente empregados.

Apresentados os problemas referentes à correção do texto, espero que nova avaliação seja feita no sentido de ser atribuída pela douta banca pontuação justa ao texto que elaborei".

Por sua vez, o recurso quanto ao conteúdo foi assim deduzido (f. 78):

"Com a devida vênia desta douta Banca Avaliadora, permitam-me divergir quanto à avaliação concedida a mim neste texto, pois não houve anotação alguma relacionada ao conteúdo, e minha pontuação foi 3 de um universo de 12 pontos possíveis. Se houve alguma incorreção, não foi indicado o local e o tipo de erro cometido, o que fere o direito do candidato ao contraditório e ampla defesa. Peço a revisão e o conseqüente acréscimo dos pontos referentes ao conteúdo.

Apresentados os problemas referentes à correção do texto, espero que nova avaliação seja feita no sentido de ser atribuída pela douta banca pontuação justa ao texto que elaborei".

A banca examinadora decidiu que (f. 89 e f. 84):

"Linha 05: período composto por frase curta, com referentes elementos de coesão textual-sintáticos prejudicados em sua composição gramatical-discursiva devida. Recurso indeferido.

Linha 09: idem, período composto por frase curta, com referentes elementos de coesão textual-sintáticos prejudicados em sua composição gramatical-discursiva devida. Recurso indeferido.

Linha 14: parágrafo composto por uma única oração, além de referentes elementos de coesão textual-sintáticos prejudicados em sua composição gramatical-discursiva. Recurso indeferido".

"O candidato contesta a nota de conteúdo, sob o fundamento que não houve motivação para os descontos de pontos. Além de itens que avaliam o conteúdo de sua resposta, existem outros itens que, somados, refletem a avaliação final, não sendo, portanto, a nota final apenas o reflexo do que foi abordado em seu recurso. O resultado final da prova deve permanecer, pois a banca avaliadora corrigiu a prova de acordo com os critérios técnicos previstos no edital, concluindo que o atendimento à capacidade de argumentação: 25% de aproveitamento (1 pontos), seqüência lógica de conteúdo: 0% do aproveitamento (0 pontos), alinhamento com o tema: 50% do aproveitamento (1 pontos) e cobertura dos tópicos analisados: 25% de aproveitamento (1 pontos)".

Eis os limites da controvérsia deduzida, a respeito da qual é firme a orientação pretoriana.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário apreciar atos administrativos com conteúdo de discricionariedade, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes, sendo, inclusive, vedado apreciar critérios de formulação de questões e correção de prova, com atribuição de nota, cuja responsabilidade é da própria banca examinadora do concurso, não cabendo cogitar de violações a princípios, como o invocado, conforme revelam, dentre outros, os seguintes precedentes:

ROMS n° 23878, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU de 08.03.10: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. VALORAÇÃO DA PROVA DE TÍTULOS. DIMINUIÇÃO DA NOTA PELA COMISSÃO ORGANIZADORA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. ADI N° 3.522-3, STF. LEI 11.183/98. EXCLUSÃO TOTAL DOS PONTOS CORRESPONDENTES À ATUAÇÃO, COMO PREPOSTO, EM SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ATRIBUIÇÃO DE PONTOS AOS QUE EXERCERAM ADVOCACIA, MAGISTRATURA E PROMOTORIA. FINALIDADE DOS TÍTULOS. VIOLAÇÃO. [...] 2. Os critérios de correção de provas, atribuição de notas e avaliação de títulos adotados pela Comissão de Concursos, em regra, não podem ser revistos pelo Judiciário, cuja competência se restringe ao exame da legalidade, ou seja, à observância dos elementos objetivos contemplados no edital e na lei que regem o certame. A justiça ou injustiça da decisão da Comissão Permanente de Concursos é matéria de mérito do ato administrativo, sujeita à discricionariedade técnica da autoridade administrativa. Precedentes [...]"

AgRg no RMS n° 20.515, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU de 21.08.06, p. 278: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N° 182/STJ. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO À BANCA EXAMINADORA. 1. Fundada a decisão que negou provimento ao recurso ordinário em que a pretensão de exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedada ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão, impõe-se o não conhecimento do agravo regimental em que se limita a reiterar as razões do recurso ordinário interposto, sem infirmar os fundamentos da decisão impugnada,

relativos à inadequação da via eleita. 2. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." (Súmula do STJ, Enunciado nº 182). 3. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. 4. Agravo regimental não conhecido."

RMS nº 17.902, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, DJU de 29.11.04, p. 353: "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DISCUSSÃO SOBRE QUESTÕES. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Em concurso público, compete ao Poder Judiciário tão-somente a verificação de questões pertinentes à legalidade do Edital e ao cumprimento das suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a banca examinadora, proceder à avaliação das questões das provas (Precedentes). Recurso desprovido."

RMS nº 16.692, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJU de 26.04.04, p. 181: "ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVA OBJETIVA - NULIDADE DE ALGUMAS QUESTÕES - INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1 - Falece direito ao recorrente, Tabela de Notas do Ofício da Sede Municipal de Silveira Martins, de ver declarada, nesta seara, a nulidade das questões de nºs 31, 32 e 37 da prova objetiva do concurso de Remoção para Notários e Registradores do Estado do Rio Grande do Sul. Isto porque, consoante reiterada orientação deste Tribunal, em concurso público, compete ao Poder Judiciário somente a verificação dos quesitos relativos à legalidade do edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão responsável, não podendo, sob pena de substituir a Banca Examinadora, proceder à avaliação das questões da prova objetiva, que, no presente caso, segundo o recorrente, não possui alternativa correta dentre as apresentadas. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão. 2 - Precedentes (REsp nº 169.219/RJ, MS nº 6.621/DF, ROMS nºs 8.067/MG e 11.267/RJ). 3 - Recurso conhecido, porém, desprovido."

No mesmo sentido, tem decidido esta Turma, conforme precedente de que fui relator no AG 0006955-76.2010.4.03.0000, julgado em 29.04.2010:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXAME DA ORDEM. CRITÉRIOS DE FORMULAÇÃO DE QUESTÕES E CORREÇÃO DE PROVA. DISCRICIONARIEDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se consolidada a jurisprudência firme no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário apreciar atos administrativos com conteúdo de discricionariedade, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes, sendo, inclusive, vedado apreciar critérios de formulação de questões e correção de prova, com atribuição de nota, cuja responsabilidade é da própria banca examinadora do concurso, não se cogitando da violação ao princípio da legalidade. 2. No caso concreto, o que se pretende, em verdade, com a ilegalidade imputada à elaboração da questão prática e a subsequente correção, é que o Judiciário substitua ou determine à autoridade administrativa, em substituição a esta, a atribuição de nota, cujo mérito, para fins de avaliação, insere-se, porém, fora do exame estrito da legalidade, donde a manifesta contrariedade do pedido face à jurisprudência consolidada. 3. Ainda que a solução não tenha sido favorável, evidente que a prestação jurisdicional foi dada, pois acesso ao Judiciário não significa acolhimento do pedido, mas apenas o respectivo exame, com fundamentação da decisão, o que, sem dúvida alguma, ocorreu no caso concreto. 4. Agravo inominado desprovido".

No caso concreto, portanto, o que se pretende, em verdade, é que o Judiciário substitua-se ao Executivo, na correção de questão da prova discursiva, avaliando o candidato e seu desempenho no concurso, sob parâmetros técnicos relativos à "capacidade de argumentação", "seqüência lógica do pensamento", "alinhamento ao tema" e "cobertura dos tópicos apresentados" (f. 79), para garantir-lhe aprovação, nomeação e posse, o que se afigura manifestamente contrário ao que tem proclamado a jurisprudência.

O mérito da avaliação é da Administração, não podendo o Judiciário adentrar em aspectos substanciais de tal atividade, dizendo que o candidato não errou a pergunta, que respondeu corretamente e que merece maior ou menor pontuação dentro do limite fixado no edital, à luz deste ou daquele critério do ramo de conhecimento avaliado. Para tanto, existem as bancas e os especialistas de cada área do conhecimento, cabendo ao Judiciário apenas a tutela de aspectos gerais do procedimento à luz da legislação e do edital, sem invadir o campo funcional do avaliador e examinador, responsável pela correção da prova aplicada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00033 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032034-57.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032034-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : TETRA PAK LTDA
ADVOGADO : ANDREA DE TOLEDO PIERRI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00143562320054036105 3 Vr CAMPINAS/SP

DESPACHO

Vistos etc.

Preliminarmente, intime-se a agravada para contraminuta.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00034 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035330-87.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035330-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : SEVERINO ARANTES RAMOS e outro
: MARCIA CASSANDRA ARANTES RAMOS
ADVOGADO : ALEXANDRE PIRES MARTINS LOPES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : TECAUT AUTOMACAO E ELETRICA LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00520722320004036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, ao acolher a exceção de pré-executividade, excluindo SEVERINO ARANTES RAMOS e MÁRCIA CASSANDRA ARANTES RAMOS, fixou a verba honorária em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Alegou a agravante, em suma, que cabível a majoração dos honorários advocatícios, conforme critérios definidos no artigo 20 e parágrafos do CPC.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, em sendo acolhida exceção de pré-executividade oposta por sócio, reconhecendo-se a sua ilegitimidade, é devida a condenação da exequente em honorários advocatícios.

Neste sentido, os precedentes:

RESP nº 647830, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 21.03.05, p. 267: "**RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO À PARTE ILEGÍTIMA. HONORÁRIOS. CABIMENTO. 1. Assumindo a exceção de pré-executividade caráter contencioso, apto a ensejar a extinção da relação processual em face de um dos sujeitos da lide, que para invocá-la empreende contratação de profissional, inequívoco o cabimento de verba honorária, por força da sucumbência informada pelo princípio da causalidade. 2. A regra encartada no artigo 20, do CPC, fundada no princípio da sucumbência, tem natureza meramente ressarcitória, cujo influxo advém do axioma latino victus victori expensas condemnatur, prevendo a condenação do vencido nas despesas judiciais e nos honorários de advogado. 3. Deveras, a imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. 4. É que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem**

razão. 5. Hipótese em que o INSS, nos autos da execução fiscal, pleiteou o redirecionamento do processo para o sócio da empresa executada, o qual apresentou exceção de pré-executividade, suscitando sua ilegitimidade passiva, que foi acolhida. 6. Precedente desta Corte: RESP 611253/BA, desta Relatoria, DJ de 14.06.2004. 7. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para que seja fixada a verba honorária."

AG nº 2002.01.00.014034-0, Rel. Des. Fed. MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, DJU de 28.11.03, p. 41: "**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SOCIO. ILEGITIMIDADE.**

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. CABIMENTO. 1. A Síndica de Condomínio não é responsável tributária por dívida cujo fato gerador ocorreu fora de sua gestão. 2. Os honorários advocatícios decorrem do princípio da sucumbência e em se tratando de Execução Fiscal, serão fixados objetivamente pelo juiz, consoante apreciação equitativa. 3. Acolhida a Exceção de Pré-executividade, é cabível a verba advocatícia. 4. Agravo de instrumento improvido."

AG nº 2006.04.00.015066-8, Rel. Des. Fed. ARTUR CÉSAR DE SOUZA, DJU de 26.07.06, p. 639: "**AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO. ART. 135, INC. III, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Acolhida a exceção de pré-executividade para excluir o sócio do pólo passivo da execução fiscal, é devida a condenação da exequente em honorários advocatícios. 2. Majoração da verba honorária para 10% sobre o valor atualizado da execução, nos moldes do artigo 20, §4º, do CPC. 3. Agravo de instrumento provido."**

Na espécie, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da decisão agravada, vez que o *quantum* fixado a título de verba honorária não se revela irrisório e atende ao princípio da equidade, na forma da jurisprudência da Turma, firmada à luz do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e considerando as circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00035 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030935-52.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.030935-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CNCAR COM/ DE PECAS FUNILARIA E PINTURA LTDA -EPP
ADVOGADO : WALTER GAMEIRO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00026612620064036109 1 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, suspendeu o trâmite processual até o término do parcelamento, ressaltando que "*para acompanhar os parcelamentos de seus créditos a exequente não necessita dos autos, pois possui todos os dados necessários em seu sistema informatizado, devendo eventuais pedidos de prazo, desarquivamento e nova vista, formulados apenas para verificação da continuidade do cumprimento, sem notícia de exclusão, rescisão ou pagamento integral, serem devolvidas ao peticionário, após cancelamento do respectivo protocolo*".

Alegou, em suma, a agravante: (1) violação aos artigos 5º, XXXIV, "a" e XXXV da Constituição Federal e ao princípio do devido processo legal; (2) afronta ao artigo 7º, incisos I, XIII e XV da Lei nº 8.906/94; (3) a prevalência do princípio da legalidade, do direito de acesso ao judiciário, do direito de petição e do direito de vista incondicionada dos autos sobre o princípio da eficiência administrativa, invocado na decisão agravada; e (4) violação aos artigos 126 e 792 do CPC e artigo 1º, § 9º da Lei nº 11.941/09, haja vista que, nos termos do artigo 792 do CPC, o prazo concedido para adimplemento da obrigação, não é de 180 meses, mas sim, de no máximo 3 meses, vez que inadimplidas 3 parcelas, consecutivas ou não, ocorre a rescisão do parcelamento, com o prosseguimento da execução, incumbindo à exequente verificar trimestralmente a regularidade do parcelamento, informando-o periodicamente ao Juízo, razão pela qual deve ser reforma a decisão atacada.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a agravante impugnou a decisão agravada que ordenou a devolução de petições de prazo, desarquivamento e nova vista, quando estejam relacionadas ao fim de apenas verificar o cumprimento do parcelamento porque a consulta

dos autos seria desnecessária, na medida em que haveria informações no sistema informatizado do órgão de controle respectivo.

Não existe dúvida de que petições desnecessárias consomem tempo e tornam morosa a prestação jurisdicional em termos de eficácia, porém afronta o direito de petição e o de acesso ao Judiciário a recusa ou cancelamento do seu protocolo, pois é garantia de qualquer das partes, e de terceiro, peticionar para ver apreciado seu pedido pelo Juízo, o qual pode, claro, negar o requerimento, fundamentadamente, e ainda aplicar sanção processual, caso a conduta praticada lese, por exemplo, o dever de boa-fé processual.

A determinação proibitiva de receber no protocolo a petição, fixada em caráter genérico e previamente, impede a parte de descrever fato ou situação jurídica específica, motivar a necessidade do momento, causando lesão ao devido processo legal, que não se justifica, ainda que fundamentada a decisão agravada no interesse de permitir maior eficiência na prestação jurisdicional.

O propósito do Juízo agravado, ainda que bem intencionado, não pode subsistir porque o direito de petição envolve o de protocolar e ver apreciado o requerimento, qualquer que seja, sujeitando quem o faz às sanções cabíveis eventualmente se praticada conduta processual prevista como ilegal ou abusiva, o que torna, portanto, manifestamente relevante a pretensão deduzida.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada a fim de que seja garantido ao agravante o direito de petição nos autos.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00036 AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0030934-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.030934-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : BRASILIA CALDEIRARIA LTDA -EPP
ADVOGADO : VINICIUS TADEU CAMPANILE e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00008962020064036109 1 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, suspendeu o trâmite processual até o término do parcelamento, ressaltando que "*para acompanhar os parcelamentos de seus créditos a exequente não necessita dos autos, pois possui todos os dados necessários em seu sistema informatizado, devendo eventuais pedidos de prazo, desarquivamento e nova vista, formulados apenas para verificação da continuidade do cumprimento, sem notícia de exclusão, rescisão ou pagamento integral, serem devolvidas ao peticionário, após cancelamento do respectivo protocolo*".

Alegou, em suma, a agravante: (1) violação aos artigos 5º, XXXIV, "a" e XXXV da Constituição Federal e ao princípio do devido processo legal; (2) afronta ao artigo 7º, incisos I, XIII e XV da Lei nº 8.906/94; (3) a prevalência do princípio da legalidade, do direito de acesso ao judiciário, do direito de petição e do direito de vista incondicionada dos autos sobre o princípio da eficiência administrativa, invocado na decisão agravada; e (4) violação aos artigos 126 e 792 do CPC e artigo 1º, § 9º da Lei nº 11.941/09, haja vista que, nos termos do artigo 792 do CPC, o prazo concedido para adimplemento da obrigação, não é de 180 meses, mas sim, de no máximo 3 meses, vez que inadimplidas 3 parcelas, consecutivas ou não, ocorre a rescisão do parcelamento, com o prosseguimento da execução, incumbindo à exequente verificar trimestralmente a regularidade do parcelamento, informando-o periodicamente ao Juízo, razão pela qual deve ser reformada a decisão atacada.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a agravante impugnou a decisão agravada que ordenou a devolução de petições de prazo, desarquivamento e nova vista, quando estejam relacionadas ao fim de apenas verificar o cumprimento do parcelamento porque a consulta dos autos seria desnecessária, na medida em que haveria informações no sistema informatizado do órgão de controle respectivo.

Não existe dúvida de que petições desnecessárias consomem tempo e tornam morosa a prestação jurisdicional em termos de eficácia, porém afronta o direito de petição e o de acesso ao Judiciário a recusa ou cancelamento do seu protocolo, pois é garantia de qualquer das partes, e de terceiro, peticionar para ver apreciado seu pedido pelo Juízo, o

qual pode, claro, negar o requerimento, fundamentadamente, e ainda aplicar sanção processual, caso a conduta praticada lese, por exemplo, o dever de boa-fé processual.

A determinação proibitiva de receber no protocolo a petição, fixada em caráter genérico e previamente, impede a parte de descrever fato ou situação jurídica específica, motivar a necessidade do momento, causando lesão ao devido processo legal, que não se justifica, ainda que fundamentada a decisão agravada no interesse de permitir maior eficiência na prestação jurisdicional.

O propósito do Juízo agravado, ainda que bem intencionado, não pode subsistir porque o direito de petição envolve o de protocolar e ver apreciado o requerimento, qualquer que seja, sujeitando quem o faz às sanções cabíveis eventualmente se praticada conduta processual prevista como ilegal ou abusiva, o que torna, portanto, manifestamente relevante a pretensão deduzida.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada a fim de que seja garantido ao agravante o direito de petição nos autos.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00037 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030324-02.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.030324-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : EMPLANEJ PLANEJAMENTO CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADO : MATEUS FOGAÇA DE ARAUJO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00063791020104036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, impetrado para **"validar a opção da Impetrante de aderir ao Parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09, malgrado o diminuto atraso de 02 (dois) dias no recolhimento da primeira parcela [...] em não sendo acatado o primeiro pedido [...] que seja a Autoridade Coatora obrigada a restabelecer o parcelamento antigo (conhecido como REFIS) ao qual a Impetrante estava vinculada e regularmente inscrita e que só foi desistido pela Impetrante para atender aos requisitos de adesão ao novo parcelamento imposto pela Lei nº 11.941/09"**.

No MS 0006379-10.2010.4.03.6103, o impetrante alegou que: (1) era optante do REFIS desde 16.11.00, quanto a débitos anteriores a novembro de 2000, o que vinha permitindo a obtenção de certidão de regularidade fiscal; (2) em 27.11.2009, desistiu de tal parcelamento, para ingressar no da Lei 11.941/09; (3) efetuou o pagamento da primeira parcela apenas em 02.12.2009, por lapso administrativo, deixando de efetuar-lo até o último dia legalmente previsto, que era 30.11.2009; (4) tem efetuado até os dias atuais o recolhimento das parcelas do novo acordo; (5) posteriormente, a SRFB informou que não houve a adesão ao REFIS da Crise, por recolhimento da primeira parcela fora do prazo legal, e, ainda, que o antigo parcelamento estava rescindido, por desistência; (6) interpôs, então, recurso administrativo em junho de 2010 (13884.000853/2010-75), tendo sido decidido que **"o ato preparatório para adesão ao Parcelamento da Lei nº 11.941/09 (ou seja, a desistência do REFIS antigo) era válido [...] a adesão ao novo parcelamento era inválida, por conta dos dois dias de atraso no recolhimento da primeira parcela"**; (7) é razoável permitir a adesão ao novo parcelamento, mesmo com o atraso de dois dias no recolhimento da primeira parcela, pois não houve prejuízo ao Erário, mesmo porque, todas as demais parcelas foram pagas devidamente; e (8) o parcelamento atende aos interesses de ambas as partes, bem como à finalidade da lei, pois, com tal medida, **"ganha o contribuinte que consegue pagar e ganha o Fisco que consegue receber"**.

A medida liminar foi indeferida nos seguintes termos (f. 42/4):

"Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, pelo qual a impetrante requer seja determinado à impetrada que se abstenha de impor restrição à validação de sua opção pela adesão ao parcelamento de débitos tributários criado pela Lei nº 11.941/09, ou ainda, que restabeleça sua opção pelo parcelamento anterior, expedindo-se certidão positiva de débitos com efeito de negativa.

Afirma que desistiu do parcelamento de seus débitos confessados e declarados, denominado REFIS, o qual vinha pagando pontualmente, como condição para adesão ao novo parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09.

Alega que, por um lapso administrativo da impetrante, deixou de efetuar o pagamento da primeira parcela, que deveria ter sido recolhida até o dia 30.11.2009, cujo pagamento era exigência para formalização da adesão à nova sistemática de quitação de pendências fiscais, prevista pela citada lei.

Sustenta que, embora tenha efetuado o respectivo recolhimento com dois dias de atraso, assim como o pagamento das parcelas mensais subsequentes, não foi aceita sua adesão ao novo parcelamento, assim como foi cancelada sua inclusão no "REFIS" que vinha pagando pontualmente desde 2000, em razão da desistência formulada em 27.11.2009, para viabilizar a adesão ao novo parcelamento instituído.

Aduz que apresentou recurso administrativo em junho de 2009 e formalizou novo pedido de inclusão no parcelamento da Lei nº 11.941/09, em 29.06.2009, não obtendo êxito.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 28-217.

A apreciação do pedido liminar foi postergada para após a vinda das informações.

Notificada, a impetrada apresentou as informações de fls. 257-260.

É a síntese do necessário. DECIDO.

Com efeito, o artigo 1º da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, criou uma nova forma de parcelamento dos débitos tributários, nos seguintes termos:

Art. 1o Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta Lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive o saldo remanescente dos débitos consolidados no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei no 9.964, de 10 de abril de 2000, no Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei no 10.684, de 30 de maio de 2003, no Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória no 303, de 29 de junho de 2006, no parcelamento previsto no art. 38 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e no parcelamento previsto no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, bem como os débitos decorrentes do aproveitamento indevido de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI oriundos da aquisição de matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto no 6.006, de 28 de dezembro de 2006, com incidência de alíquota 0 (zero) ou como não-tributados.

A respeito da existência de parcelamento anterior, o artigo 3º da citada Lei prevê que:

Art. 3o No caso de débitos que tenham sido objeto do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei no 9.964, de 10 de abril de 2000, do Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei no 10.684, de 30 de maio de 2003, do Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória no 303, de 29 de junho de 2006, do parcelamento previsto no art. 38 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e do parcelamento previsto no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, observar-se-á o seguinte:

I - serão restabelecidos à data da solicitação do novo parcelamento os valores correspondentes ao crédito originalmente confessado e seus respectivos acréscimos legais, de acordo com a legislação aplicável em cada caso, consolidado à época do parcelamento anterior;

II - computadas as parcelas pagas, atualizadas pelos critérios aplicados aos débitos, até a data da solicitação do novo parcelamento, o pagamento ou parcelamento do saldo que houver poderá ser liquidado pelo contribuinte na forma e condições previstas neste artigo; e

III - a opção pelo pagamento ou parcelamento de que trata este artigo importará desistência compulsória e definitiva do REFIS, do PAES, do PAEX e dos parcelamentos previstos no art. 38 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002

§1o Relativamente aos débitos previstos neste artigo:

I - será observado como parcela mínima do parcelamento o equivalente a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor da última parcela devida no mês anterior ao da edição da Medida Provisória no 449, de 3 de dezembro de 2008;

II - no caso dos débitos do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, será observado como parcela mínima do parcelamento o equivalente a 85% (oitenta e cinco por cento) da média das 12 (doze) últimas parcelas devidas no Programa antes da edição da Medida Provisória no 449, de 3 de dezembro de 2008;

III - caso tenha havido a exclusão ou rescisão do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS em um período menor que 12 (doze) meses, será observado como parcela mínima do parcelamento o equivalente a 85% (oitenta e cinco por cento) da média das parcelas devidas no Programa antes da edição da Medida Provisória no 449, de 3 de dezembro de 2008;

IV - (VETADO)

V - na hipótese em que os débitos do contribuinte tenham sido objeto de reparcelamento na forma do Refis, do Paes ou do Paex, para a aplicação das regras previstas nesta Lei será levado em conta o primeiro desses parcelamentos em que os débitos tenham sido incluídos.

Como se vê, a própria lei prevê as formalidades que devem ser respeitadas pelo contribuinte para que a adesão ao novo parcelamento seja deferida pelo órgão fazendário. Inclui-se como um destes requisitos a desistência do parcelamento anterior.

Por outro lado, consoante observado pela impetrante, o pagamento da primeira parcela do parcelamento previsto na Lei 11.941/09 ocorreu fora do prazo estipulado para tanto. Inclusive, este foi o motivo pelo qual foi denegado seu pedido nas instâncias administrativas.

Destarte, por se tratar a impetrada de pessoa jurídica de direito público, encontra-se adstrita ao regime jurídico administrativo, pelo qual lhe são conferidas prerrogativas e sujeições. Nesta seara, tendo em vista os interesses

resguardados pelo Poder Público, há afastamento das regras de direito comum para utilização de preceitos contidos em normas previstas em leis especiais, muitas vezes editadas para conciliar os interesses do administrado e da Administração.

Neste sentido a lição do administrativista Cretella Júnior (Revista de Informação Administrativa): "as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular".

Igualmente, da mesma forma que lhes são conferidas prerrogativas para facilitar o atendimento de suas finalidades, à Administração Pública também são atribuídas restrições; neste ínterim, há previsões legais restritivas da liberdade de atuação do administrador público, o qual deve sempre se pautar pela legalidade.

Destarte, está o administrador obrigado a agir dentro do limite previsto pela lei e atos administrativos.

Por oportuno, insta salientar que as regras previstas para a adesão ao novo parcelamento aplicam-se a todos os contribuintes, não havendo margem para que estas sejam flexibilizadas.

Portanto, verifico, ao menos em sede de cognição sumária dos fatos, que a conduta da autoridade impetrada está em consonância com o quanto determinado pela Lei 11.941/09, não havendo que se falar em ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado.

Em face do exposto, indefiro o pedido liminar, Dê-se vista ao Ministério Público Federal".

Em face de tal decisão, a impetrante interpôs o presente recurso, reiterando os fundamentos da impetração. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o parcelamento não configura direito do contribuinte, que possa ser invocado independentemente de lei ou sem a observância dos requisitos previstos em legislação específica (artigo 155-A, CTN). Assente que o contribuinte não pode auferir o benefício do parcelamento sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

Tal orientação encontra-se firmada na Corte, em reiterados julgados dentre os quais:

AMS nº 2002.03.99001698-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 19/07/2006: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DEFESA PRELIMINAR. PEDIDO DE PARCELAMENTO. MP Nº 1.699-41/98. LEI Nº 10.522/02. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL DE DESISTÊNCIA E CONFISSÃO IRRETRATÁVEL DO DÉBITO FISCAL. BENEFÍCIO FISCAL. TAXA SELIC. VALIDADE LEGAL E CONSTITUCIONAL. 1. As preliminares suscitadas devem ser rejeitadas: a de falta de documentação essencial porque a inicial é formalmente idônea, estando instruída com documentos próprios ao exame do mérito; e a de perda parcial de objeto da ação, porque em verdade indissociáveis os requisitos da desistência e da confissão irretratável do débito fiscal, remanescendo o interesse processual da impetrante em discutir o direito ao parcelamento, como pleiteado. 2. O parcelamento configura benefício fiscal, sujeito aos requisitos legais, não padecendo de inconstitucionalidade ou ilegalidade qualquer das condições, fixadas em contrapartida ao parcelamento de débitos fiscais em condições favoráveis ao contribuinte, e destinadas à garantia da execução do acordo, com a adimplência da obrigação fiscal. 3. A confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial, envolvendo os débitos fiscais incluídos no parcelamento, não viola princípios constitucionais nem preceitos legais. 4. Consolidada a jurisprudência no sentido da validade da aplicação da Taxa SELIC como encargo moratório na cobrança de débitos fiscais, abrangendo inclusive a hipótese de parcelamento."

AMS nº 2000.61.00013024-3, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 05/10/2009: "MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL-REFIS - LEI Nº 9.964/00 - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - CONSTITUCIONALIDADE. 1- O Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei nº 9.964/2000, é destinado a promover a regularização de débitos existentes para com a União Federal, sendo facultado ao contribuinte a adesão voluntária. 2- O parcelamento não constitui um direito subjetivo do contribuinte, mas traduz-se em um benefício fiscal, representando verdadeira transação, levada a efeito por meio de um ato de vontade do contribuinte, o qual aceita as condições legais que disciplinam o acordo com a União, permitindo a satisfação da obrigação tributária mediante o pagamento em condições mais vantajosas, afastando os efeitos da inadimplência. 3- Por outro lado, a opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica às condições que o Programa estabelece, dentre as quais, a confissão irrevogável e irretratável, a desistência ou a renúncia a direito ou à ação judicial envolvendo os débitos parcelados, a abertura do sigilo bancário, o compromisso de regularidade fiscal e a exigência de garantia, para os grandes devedores. 4- Não se há falar em violação aos princípios constitucionais invocados, levando em consideração, ainda, que todas as condições constantes do programa são dadas ao conhecimento da pessoa jurídica, quando da sua opção. 5- Não há que se cogitar, tampouco, de ilegalidade diante dos preceitos do Código Tributário Nacional, porquanto a confissão de dívida acompanhada de pedido de parcelamento não configura denúncia espontânea, visto que não extingue

automaticamente os débitos tributários, de modo que é legítima a incidência da multa moratória. De outra parte, o débito fiscal parcelado está sujeito aos encargos moratórios, podendo os juros ser fixados além de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do parágrafo 1º do artigo 161 do CTN, sendo aplicável, outrossim, a Taxa SELIC. 6- Tendo por substrato um verdadeiro ato de vontade, em princípio, a menos que haja a demonstração de plano da violação de direito líquido e certo do contribuinte, as condições do parcelamento não podem ser modificadas pelo Poder Judiciário, em substituição à autoridade administrativa. 7- Apelação a que se nega provimento."

AC nº 2006.61.05014281-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 19/01/2010: "TRIBUTÁRIO.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO DO DÉBITO INSTITUÍDO PELA MP N.º 303/2006 - PAEX. CONFISSÃO DOS DÉBITOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. O ingresso no Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX, é uma faculdade da pessoa jurídica, cabendo a ela aferir se lhe é vantajoso. 2. Uma vez feita a opção pelo Programa, o contribuinte deve submeter-se às condições impostas na Medida Provisória n.º 303/2006, pois neste ambas as partes hão de fazer concessões recíprocas, já que o Programa não busca conferir vantagens apenas a um dos envolvidos na relação jurídica tributária. Ambas as partes, em certa medida, devem renunciar para compor. 3. A confissão irrevogável e irretroatável do débito é uma das condições a que está sujeito o contribuinte ao aderir ao Programa, nos termos do art. 1º, § 6º da MP n.º 303/06. Noticiada a adesão, em princípio, o feito deveria ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pela carência superveniente da ação - falta de interesse processual. 4. Sendo descabida, nesta instância recursal, a alteração do dispositivo monocrático de julgamento de improcedência do feito, sob pena de reformatio in pejus, há que ser mantida a r. sentença de primeiro grau, mormente considerando-se que o patrono da apelante nada requereu nesse sentido. 5. Apelação improvida."

Assim, é manifestamente improcedente o pedido para "*validar a opção da Impetrante de aderir ao Parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09, malgrado o diminuto atraso de 02 (dois) dias no recolhimento da primeira parcela*", pois o procedimento a cargo do optante encontra-se em desacordo com os requisitos legalmente estabelecidos.

O parágrafo 3º do artigo 10 da Portaria Conjunta PGFN/RFB 6, de 22 de julho de 2009, editada nos termos do artigo 12 da Lei 11.941/09, dispõe que "*a falta de pagamento da 1ª (primeira) prestação [...] que deverá ocorrer até o último dia útil do mês em que for realizado o pedido [...] tornará o pedido sem efeito e não serão restabelecidos os parcelamentos rescindidos em virtude do requerimento de adesão*". No caso, pouco importa se efetuado dois dias ou dois anos após o decurso do prazo definido, pois, de forma objetiva, o que houve foi o descumprimento dos termos do acordo.

Tampouco cabível o restabelecimento do antigo parcelamento, pois o inciso III do artigo 3º da Lei 11.941/09 é expresso ao determinar que a mera opção pelo parcelamento, independentemente do deferimento posterior ou não, é suficiente para rescindir o acordo anteriormente celebrado:

"Art. 3º No caso de débitos que tenham sido objeto do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, de que trata a Lei no 9.964, de 10 de abril de 2000, do Parcelamento Especial - PAES, de que trata a Lei no 10.684, de 30 de maio de 2003, do Parcelamento Excepcional - PAEX, de que trata a Medida Provisória no 303, de 29 de junho de 2006, do parcelamento previsto no art. 38 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e do parcelamento previsto no art. 10 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, observar-se-á o seguinte:

[...]

III - a opção pelo pagamento ou parcelamento de que trata este artigo importará desistência compulsória e definitiva do REFIS, do PAES, do PAEX e dos parcelamentos previstos no art. 38 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e no art. 10 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002"

O princípio da razoabilidade permite interpretar a lei, nos casos em que seja omissa e conflitante em seus termos, mas não o de fazer prevalecer uma dada solução que é expressamente vedada pelo texto normativo, criando solução contra legem.

A propósito, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ROMS 23.014, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 17.04.08: "EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO PARA "SERVENTIA CRIADA" REGIDO PELO DISPOSTO NO ART. 314 DA LEI 4.964/85 - DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONTRÁRIO À LEI FEDERAL N. 8.935/94 (ARTS. 18 E 29, INCISO I) - INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE PARA O ALCANCE DE EXEGESE CONTRÁRIA À LEI. 1. Hipótese em que a recorrente teve o pedido para titulação da serventia, sem concurso público, negado pela autoridade coatora, em razão da intempestividade do pedido e impossibilidade jurídica de deferi-lo. Sustenta a recorrente que, com base no princípio da razoabilidade e do interesse público, seu pedido poderia ser deferido. 2. O art. 314 da Lei n. 4.964/85 não pode ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 236, § 3º, não deixa dúvidas sobre a necessidade de realização de concurso público para ingresso na atividade notarial. 3. Tal fato, por si só, não ampara direito líquido e certo algum da impetrante. Ao revés, nega-o, uma vez que devem ser observados nessas hipóteses, como do conhecimento de todos, os princípios da legalidade e da impessoalidade (art. 37 da CF), que dão ensejo ao direito de toda a população à lisura no ingresso das novas vagas, com o preenchimento dos requisitos legais. 4. A Lei n. 8.935/94 veio para regulamentar o disposto no art. 236 da CF. Em seu art. 14, I, prescreve que a delegação para o exercício da atividade notarial e de registro

depende da habilitação em concurso público de provas e títulos. 5. Impossível valer-se do princípio da razoabilidade para alcançar interpretação contra legem. Recurso ordinário improvido''.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.
Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.
Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00038 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029770-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.029770-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Ordem dos Advogados do Brasil Secao SP
ADVOGADO : EDUARDO DE CARVALHO SAMEK
AGRAVADO : WILSON RODOLPHO DE OLIVEIRA (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : MARIA LUCIA PEREIRA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00122605920104036105 8 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra liminar, em mandado de segurança, que suspendeu o curso do procedimento administrativo ético-disciplinar nº 362/2006 instaurado em face de WILSON RODOLPHO DE OLIVEIRA, por prescrição da pretensão punitiva da OAB, diante do decurso de prazo superior a cinco anos desde a constatação do fato supostamente delituoso.

DECIDO.

Conforme cópias de f. 585/90, nos autos da ação originária foi proferida sentença, pelo que resta prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, julgo prejudicado o recurso e nego-lhe seguimento.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à instância de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00039 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033495-64.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033495-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : MARINA ANDRIOLLI
ADVOGADO : CATIA CRISTINE ANDRADE ALVES e outro
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARCELO FERREIRA ABDALLA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00008113420064036109 3 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na fase de cumprimento de sentença, acolheu cálculos da contadoria judicial, determinando o prosseguimento da execução pelo valor de R\$36.748,87, atualizado até julho de 2008.

Alegou, em suma, que, a partir da citação, foram aplicados apenas juros moratórios simples de 1% ao mês, sem qualquer correção monetária, o que é ilegal (artigo 1º da Lei 6.899/81), pois o Manual de Cálculos da Justiça Federal não prevê que a Taxa SELIC exclua a correção monetária, a qual deve incidir até o efetivo pagamento; aduzindo que houve erro no cálculo do principal a ser pago, pois o saldo da conta 615-6, em abril/90, era de NCz\$92.620,80, e não

apenas de NCz\$ 50.000,00 e, embora tenha sido extinto o feito por ilegitimidade passiva da CEF quanto à reposição de saldo que tenha sido bloqueado, o pedido foi julgado integralmente procedente quanto às duas contas indicadas, entre as quais a citada, vez que o saldo superior ao limite fixado foi resultado da aplicação do IPC de 84,32% e juros sobre o saldo de março/90, sobre o qual cabe o IPC de 44,80% de abril/90.

DECIDO.

Defiro os benefícios da justiça gratuita.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não pode a execução ampliar os limites da condenação transitada em julgado, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão superior:

- RESP nº 583.367, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 09/08/2004: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. FGTS. COISA JULGADA. OFENSA. 1. No âmbito de execução de sentença não é possível a ampliação do seu alcance, para acrescentar valores que não foram concedidos ao autor no processo de conhecimento. 2. A sentença executada foi explícita em condenar a recorrente apenas na correção monetária segundo os índices oficiais aplicáveis nos contratos de poupança, não se podendo incluir no cálculo os juros remuneratórios da poupança. 3. Recurso especial provido."

Na espécie, a coisa julgada, objeto de cumprimento, definiu, acerca da correção monetária e dos juros de mora, a aplicação, respectivamente, *"nos termos do artigo 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2004, da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal desta 3ª Região e conforme Portaria nº 242, de 3 de julho de 2001, da lavra do Conselho da Justiça Federal, incidindo, ainda, juros de mora, contados a partir da citação, com base na taxa SELIC"*, sem prejuízo dos juros contratuais e verba honorária de R\$2.718,23.

A agravante insurgiu-se, primeiramente, contra a aplicação, a partir da citação, somente da Taxa SELIC sem cumulação de correção monetária. No entanto, sem razão, pois a coisa julgada, no que definiu a aplicação de correção monetária e *"ainda"* de juros de mora, com base na SELIC, a partir da citação, não fez a cumulação, vedada pela jurisprudência, mas apenas destacou que tinha o autor direito à correção monetária, juros de mora, além de juros contratuais e verba honorária, como estabelecido na sentença. Nem se pode presumir, pelo uso da expressão *"ainda"*, cujo sentido exato é o anteriormente indicado, que tenha sido fixado pela sentença orientação manifestamente contrária à jurisprudência, que considera a SELIC como fator simultâneo de correção monetária e de juros de mora a impedir, portanto, a sua incidência de forma cumulada com outro fator de correção monetária como pretendido.

O segundo ponto impugnado foi a aplicação da reposição do IPC de abril/90, não sobre NCz\$92.620,80, mas apenas sobre o saldo de NCz\$ 50.000,00 na conta 615-6, sendo devida a incidência sobre aquele primeiro porque seria o reflexo da reposição do IPC de março/90 e de juros na respectiva conta. Todavia, o próprio Juízo *a quo* já havia, nos embargos declaratórios da sentença, destacado a existência da divisão da conta em duas, a primeira com o saldo até NCz\$ 50.000,00, que não foi bloqueado, e a segunda com o restante bloqueado, quanto ao qual foi extinto o processo, sem exame do mérito, por ilegitimidade passiva da CEF (f. 67).

Ora, pretender, agora em execução, a inclusão do saldo excedente evidencia e manifesta violação da coisa julgada, pois patente e inequívoco o teor da condenação, que ora se executa, inclusive porque não apelou o autor daquela sentença que, distinguindo os saldos, divididos em dois códigos de operação, fez o exame do mérito apenas quanto àquele limitado a NCz\$ 50.000,00 e, portanto, quanto ao remanescente, porque bloqueado pelo BACEN, foi expressamente excluído da condenação judicial, dada a carência de ação (f. 49/50), não se prestando, pois, a execução a alterar a coisa julgada ou a operar como meio para a sua rescisão.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00040 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031568-63.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.031568-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : APARECIDO CAMARGO
ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE MARTINELLI ROSA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00034907420104036106 4 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de antecipação de tutela em ação declaratória com pedido de repetição do recolhido a título de IRRF, incidente sobre o valor decorrente de pagamento cumulado de diferença de benefício previdenciário, requerendo o contribuinte a suspensão da exigibilidade para impedir a propositura de execução fiscal ou a inscrição no CADIN.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a despeito da tese jurídica de mérito ser acolhida pela jurisprudência, o que se observa é que, na espécie, houve pagamento da diferença de benefício previdenciário, assim como a própria retenção do imposto de renda, conforme demonstrado pelo comprovante bancário de f. 48, tanto assim que na ação originária pediu-se a condenação da UNIÃO à "**devolução do valor pago a título de Imposto de Renda retido**" (f. 14), a demonstrar, diante da inexistência de prova em contrário, que, tendo sido retido e recolhido o tributo, falta ao autor interesse processual em suspender a respectiva exigibilidade, inclusive porque os autos não demonstram que exista valor, além do retido e recolhido, a ser cobrado ou em cobrança que, assim, possa justificar a propositura de execução fiscal ou a inscrição no CADIN.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00041 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0044628-45.2006.4.03.0000/SP

2006.03.00.044628-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : INDUSTRIAS NARDINI S/A
ADVOGADO : ROSEMEIRE MENDES BASTOS
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE AMERICANA SP
No. ORIG. : 04.00.00418-7 A Vr AMERICANA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, acolheu o requerimento da FAZENDA NACIONAL, para que, declinada a competência pelo Juízo *a quo*, seja determinada a remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a EF 004187/200 foi ajuizada em cobrança aos seguintes débitos:

- (1) inscrição 80.5.04.003991-05, multa prevista no artigo 4º da Lei 7.855/89 ("**o salário pago fora dos prazos previstos em lei, acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas sujeitará o infrator a multa administrativa de 160 BTN por trabalhador prejudicado, salvo motivo de força maior**"), por infração ao artigo 459, § 1º, da CLT ("**o pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações [...] quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido**");
 - (2) inscrição 80.6.04.031449-97, multa prevista no artigo 23, § 2º, alínea "b", da Lei 8.036/90 ("**pela infração do disposto no § 1º deste artigo, o infrator estará sujeito às seguintes multas por trabalhador prejudicado [...] de 10 (dez) a 100 (cem) BTN, no caso dos incisos I, IV e V**"), por infração ao artigo 23, § 1º, inciso V, da Lei 8.036/90 ("**não depósito mensal do percentual referente ao FGTS**" e "**deixar de efetuar os depósitos e os acréscimos legais, após notificado pela fiscalização**"); e
 - (3) inscrição 80.6.04.053932-69, referente às "**custas processuais**" de reclamação trabalhista.
- Depois de ajuizada a execução fiscal, sobreveio a EC 45/04, o que gerou a seguinte manifestação fazendária (f. 30):

"No caso dos autos, a União/Fazenda Nacional está procedendo a cobrança de inscrições agrupadas, de várias naturezas.

Como se denota, há, entre as diversas inscrições exequendas, uma de origem trabalhista, e outras de origem tributário-fiscal, de competência de Vossa Excelência, ou seja, cuja competência não foi alterada pela EC nº 45.

Assim sendo, é de rigor o desentranhamento da(s) Certidão(ões) de Dívida Ativa referente(s) ao(s) débito(s) trabalhista(s) e a extração de cópia integral dos autos para remessa à Justiça do Trabalho, permanecendo na Justiça Comum Federal a execução fiscal originária, para cobrança dos demais débitos".

Posteriormente, reiterou: *"O advento da Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004 alterou o artigo 114 da Constituição Federal, transferindo a competência do processamento dessas causas à Justiça do Trabalho (incisos VII). Desta forma, resta concluir que este D. Juízo, a partir de então, não possui mais jurisdição em relação às r. hipóteses. Assim, requer a União Federal/Fazenda Nacional por seu representante, o Procurador da Fazenda Nacional infra-assinado, vem, diante de Vossa Excelência, requerer a declinação de competência com remessa dos autos para o Distribuidor da Justiça Trabalhista com jurisdição abrangente desta D. Comarca, como de constituição e estilo" (f. 36).*

Este último pedido foi deferido pelo Juízo *a quo* (*"Defiro o pedido de fls. [...] procedendo-se as devidas anotações e comunicando-se ao Distribuidor local"*), ensejando o presente recurso.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a EC 45/2004 alterou o artigo 114 da Constituição Federal, estabelecendo novos critérios para a definição da competência da Justiça do Trabalho:

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei."

No caso, a execução fiscal refere-se a débitos de natureza distinta que, antes do advento da EC 45/04, encontravam-se abrangidos na competência da Justiça Federal.

O débito da inscrição **80.5.04.003991-05** tem inequívoca natureza de multa administrativa imposta pela fiscalização das relações de trabalho, pois fundamentada na previsão contida no artigo 4º da Lei 7.855/89 - *"o salário pago fora dos prazos previstos em lei, acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas sujeitará o infrator a multa administrativa de 160 BTN por trabalhador prejudicado, salvo motivo de força maior"* -, o que, portanto, atrai a competência da Justiça Laboral para o seu processamento.

Quanto à inscrição **80.6.04.031449-97**, que cobra multa imposta por infração à legislação do FGTS, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que se trata de penalidade administrativa por infração à legislação, cujo exame se insere na competência da Justiça do Trabalho a teor do que revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

AGRCC n° 86532, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJU 05.03.09: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FGTS. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PREVISTA NO ART 23, § 1º, V, DA LEI 8.036/90. NATUREZA DIVERSA DA QUE CARACTERIZA A MULTA MORATÓRIA ESTABELECIDA PELO ART. 22, § 2º, DO MESMO DIPLOMA. PRECEDENTES DA SEÇÃO. 1. A multa pelo não-recolhimento do FGTS, prevista no art. 23, § 1º, I e V, da Lei 8.036/90, constitui penalidade administrativa imposta por infração à legislação trabalhista, não se confundindo com a multa moratória (art. 22, § 2º, do mesmo diploma) conseqüente do inadimplemento da obrigação principal relativa aos valores devidos pelo empregador ao Fundo. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido".

CC n° 64385, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 23.10.06, p. 240: "PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE VALORES DEVIDOS FGTS (E RESPECTIVA MULTA MORATÓRIA) - ART. 114, VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004) - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DELEGADA. 1. Compete à Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, VII, da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, apreciar ações decorrentes de penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. 2. Os valores devidos pelo empregador ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e respectiva multa moratória (art. 22, § 2º da Lei 8.036/90) não se incluem no conceito de penalidade administrativa, o que ocorre com a multa que lhe é cobrada, nos termos do art. 23, § 1º, I e V da Lei 8.036/90, por não ter cumprido a obrigação principal. 3. Hipótese dos autos em que se

busca a cobrança dos valores devidos ao Fundo (e respectiva multa moratória), cuja competência é da Justiça Comum Federal, mas deve ser julgado o feito, por competência delegada, o Juízo de Direito, considerando inexistir no domicílio do devedor sede de vara federal. 4. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude, Fazendas Públicas e Registros Públicos de Itumbiara - GO". CC n° 70442, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 11.12.06, p. 313: "PROCESSUAL CIVIL - JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA FEDERAL - EXECUÇÃO FISCAL - DÍVIDA ORIUNDA DE MULTA IMPOSTA POR ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO - ART. 23, § 1º, V, DA LEI N. 8.036/90 - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. 1. Cuida-se, na origem, de execução fiscal ajuizada para cobrança de multa por infração à legislação trabalhista, nos termos do art. 23, § 1º, inciso V, da Lei n. 8.036/90. 2. Ante a novel redação dada ao artigo 114 da Constituição Federal pela EC n. 45/04, a competência para processar e julgar as execuções fiscais propostas pela União para a cobrança de multa administrativa por descumprimento da legislação laboral é da Justiça do Trabalho. 3. Trata-se de competência fixada em razão da matéria e não da natureza processual da demanda proposta. Assim, inclui-se na nova competência também a ação de execução fiscal destinada à cobrança de multa administrativa por descumprimento da legislação do trabalho. Conflito conhecido, para declarar competente a Justiça do Trabalho, o suscitante".

Todavia, é da competência da Justiça Federal e, portanto, da Justiça Estadual por delegação, a execução fiscal de custas processuais, ainda que sejam devidas à Justiça do Trabalho, objeto da inscrição **80.6.04.053932-69**, conforme tem igualmente decidido o Superior Tribunal de Justiça:

CC n° 96084, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 28.10.08: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E DO TRABALHO. APELAÇÃO EM EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA PELA FAZENDA NACIONAL. CUSTAS PROCESSUAIS ORIUNDAS DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. 1. A Emenda Constitucional n° 45/04, que alterou o art. 114, III, da CF/88, não afastou a competência da Justiça Federal para processar e julgar execução de dívida ativa inscrita pela Fazenda Nacional para cobrança de custas processuais oriundas de reclamatória trabalhista. Precedentes: CC 63.821, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.12.2006, e CC 80.412 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 25.4.2007. 2. No caso, ademais, já havia sentença de mérito na execução fiscal quando do advento da EC 45/04. 3. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Federal, a suscitada".

CC n° 80412, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 14.05.07, p. 239: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E DO TRABALHO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA PELA FAZENDA NACIONAL. CUSTAS PROCESSUAIS ORIUNDAS DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004. CAUSA SENTENCIADA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA REFERIDA EMENDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. 1. Embora a Emenda Constitucional n° 45/04 tenha alterado o art. 114, III, da CF/88, ampliando significativamente a competência da Justiça do Trabalho, não afastou a competência da Justiça Federal para processar e julgar execução de dívida ativa inscrita pela Fazenda Nacional para cobrança de custas processuais oriundas de reclamatória trabalhista. Precedente: CC 63.821, 1ª Seção, Min. Eliana Calmon, DJ de 11.12.2006. 2. No caso, ademais, já havia sentença de mérito nos embargos à execução quando do advento da EC 45/04. 3. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Federal, a suscitada".

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso para reformar a decisão agravada apenas quanto à inscrição 80.6.04.053932-69, mantido o reconhecimento, em relação às demais inscrições, da competência da Justiça do Trabalho, efetuando-se, pois, o desmembramento necessário para a remessa dos autos.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00042 AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0034636-21.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034636-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : THIAGO VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : ELITON HENRIQUE DA CRUZ e outro
AGRAVADO : UNIVERSIDADE PAULISTA UNIP
ADVOGADO : SONIA MARIA SONEGO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SOROCABA > 10ª SSJ> SP

No. ORIG. : 00091738020104036110 3 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, impetrado para a renovação de matrícula de aluno, em curso de instituição superior de ensino (7º semestre do curso de Administração).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que o agravante encontra-se no regime de dependência, por reprovação curricular; tendo alegado que "*restou mais que provado nos documentos acostados na inicial (atestados de matrícula dos alunos MARCIO FIRMINO DA CUNHA e CAUDINEI DA S. MOREIRA, que estão regularmente matriculados no último semestre, mesmo cursando dependências) que a regra de impedimento da matrícula no penúltimo e último semestre, não vem sendo cumprida pela Agravada com outros diversos alunos*", evidenciando-se a afronta ao princípio constitucional da isonomia.

A Universidade esclareceu, nas informações de f. 33/47, que:

"(...)

Salienta-se também que o Impetrante, em razão da disciplina do curso em que ele se encontrava reprovado, precisou ser adaptado a uma outra grade curricular do curso de Administração, tendo o Coordenador de tal curso, efetuado uma análise curricular dos atos escolares realizados pelo Impetrante, adaptando tais atos não mais à grade curricular de 2005/01 e sim à grade curricular de 2008/01, ficando constatado que ele poderia realizar sua matrícula no 6º período letivo.

O fato é que o Impetrante não pôde realizar sua matrícula no 7º período letivo do curso com sua grade curricular, por ter ficado reprovado em uma disciplina de período letivo anterior, razão pela qual necessitou se adaptar, para matricular-se no 2º semestre de 2010, a uma nova grade curricular diferente daquela em que iniciou o curso, sob pena de não conseguir integralizar de forma satisfatória todas as disciplinas do curso, podendo terminar o curso sem estar plenamente apto a atuar na profissão escolhida.

Além do mais, cabe salientar que os alunos mencionados pelo Impetrante nos autos, que estariam cursando o 7º período letivo no corrente semestre letivo, mesmo que cursando algumas disciplinas em regime de dependência, sendo certo que tais disciplinas referem-se apenas ao 7º período letivo da grade de 2005/01 e não de outros períodos anteriores, como no caso do Impetrante, e, por tal motivo, o Impetrado acabou por deferir, excepcionalmente, a matrícula de tais alunos no 7º período letivo.

Desta forma, os mencionados alunos não podem servir de paradigma para o caso do Impetrante que, como dito anteriormente, possui 01 (uma) disciplina a ser cursada em regime de dependência, disciplina esta que é relativa a período letivo anterior ao 7º período letivo do curso.

"(...)

Do que se depreende que o indeferimento do requerimento para efetivação da matrícula do Impetrante no 7º e penúltimo período letivo do curso de Administração ministrado pelo Impetrado é perfeitamente legal e legítimo, uma vez que o Impetrante se encontra reprovado na disciplina de 'Ev. Pensamento Administrativo' correspondente ao 2º período letivo e, portanto, não se encontra apto à promoção de período, pois o Regimento Geral da Instituição veda a promoção para o penúltimo e último período do curso de alunos com disciplinas em dependência ou adaptação."

Diante do informado, tem-se como legítimo o direito da instituição de ensino de fixar, nos termos da legislação e diante do princípio constitucional da autonomia didático-científica, a organização curricular do curso, inexistindo, pois, direito adquirido à grade curricular vigente quando da matrícula no primeiro semestre do curso, para que prossiga imutável até o final.

A Turma, fundada na autonomia didático-científica das instituições universitárias para a organização curricular do curso, assim decidiu, *verbis*:

- AMS nº 2003.61.04.005720-5, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 20.06.07- "MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - DEPENDÊNCIA - ALTERAÇÃO NA GRADE CURRICULAR - DIREITO ADQUIRIDO A CURSAR APENAS AS MATÉRIAS DA DEPENDÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE. I - Invocando o princípio da isonomia as apelantes pretendem equiparar a suas situações à dos colegas que obtiveram sucesso nas avaliações periódicas e por isso colaram grau no curso de Nutrição no ano de 2002. A equiparação é impertinente porque o aludido princípio constitucional tem por fim vedar o tratamento diferenciado àqueles que se encontram em situações de igualdade, o que não é o caso, uma vez que as apelantes não concluíram o curso naquele ano letivo. II - Resta inaplicável, também, as regras invocadas do Código de Defesa do Consumidor (art. 39, V, art. 51, XIII e § 1º, III) porque o caso em discussão não versa sobre aumento abusivo de mensalidade, de cobrança vexatória, de obstáculo à frequência acadêmica por força de inadimplemento e tampouco de impedimento de matrícula, mas sim sobre a alteração, para maior, do conteúdo programático do curso. III - A cláusula quarta do contrato, em consonância com o artigo 207 da Constituição da República, estabelece ser de inteira responsabilidade da instituição de ensino o planejamento e a prestação do serviço, bem como a orientação didático-pedagógica, não cabendo ao aluno impugnar o acréscimo de conteúdo, mesmo porque o aumento de disciplinas visa não só ajustar a grade curricular às exigências do órgão competente, como também melhorar a formação do futuro profissional. IV - O

documento anexado pelas impetrantes demonstra que a complementação do curso ocorreu no final do ano de 2001 e que nos dois anos seguintes foram concedidas aos alunos a oportunidade de fazer as adaptações, tornando-se obrigatório, a partir de 2003, o ajuste à nova grade. V - Recurso improvido."

No mesmo sentido, outros precedentes:

AMS nº 1999.61.09.003827-4, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU 05.02.07: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO . INTERRUÇÃO DO CURSO. MATÉRIA PENDENTE. ALTERAÇÃO DA GRADE CURRICULAR. DIREITO ADQUIRIDO AO CURRÍCULO ANTERIOR. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. 1. O art. 207 da Constituição Federal garante às universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Tal autonomia permite que a instituição aplique, da forma como entender melhor, as alterações necessárias na grade curricular de cada curso, sempre visando a sua atualização e aprimoramento. 2. Não há que se falar em direito adquirido do aluno à imutabilidade do currículo após o seu ingresso na instituição de ensino. 3. A alegação de que não houve interrupção ou abandono do curso não restou provada nos autos. 4. A interferência do Judiciário nesta questão é ilegítima e fere o disposto no referido art. 207 da Constituição. 5. Apelação improvida."

AC 258.902, Rel. Des. Fed. ANDRÉ FONTES, DJU 02.05.02: "ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO SUPERIOR. TRANCAMENTO DE CURSO COM PENDÊNCIA DE UMA DISCIPLINA. RETORNO APÓS ALTERAÇÃO DE GRADE CURRICULAR. AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE. DIREITO ADQUIRIDO A CURRÍCULO. INEXISTÊNCIA. I - A alteração da grade curricular, antes da conclusão do curso superior, não garante ao aluno direito de cumprir o currículo vigente à época de seu ingresso na instituição de ensino, afigurando-se legítima a exigência, pela IES, no limite de sua autonomia didático-científica, ao aluno, de complementação da grade com as disciplinas acrescidas pelo novo currículo. II - Apelação desprovida. Sentença confirmada." (JUIZ FEDERAL MOACIR FERREIRA RAMOS, TRF 1ª Região, AC 200338000418750, DJ DATA:28/06/2006, SEXTA TURMA); 4. "NOVA ADMISSÃO DE ALUNO UNIVERSITÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À GRADE CURRICULAR. I - A sanção administrativa de desligamento de aluno universitário não impede a sua nova admissão no quadro discente da universidade, visto não haver qualquer liame jurídico entre as duas situações, desde que preenchidos novamente os requisitos para tanto, in caso, nova aprovação no concurso vestibular. II - Sendo estabelecido novo currículo à época do segundo ingresso na universidade, o aluno fica vinculado ao seu cumprimento, ressalvado o direito de requerer a isenção nas disciplinas já cursadas quando da primeira admissão. Apenas após cursar as matérias faltantes, com aproveitamento, o aluno estará habilitado a obter o diploma do curso. III - Note-se que não há direito adquirido a currículo escolar, podendo a Universidade, em face de sua autonomia didática, modificá-lo, tendo em vista o aproveitamento discente ou o interesse didático. IV - No que tange à jubilação, uma vez que a questão foi submetida à apreciação do Judiciário, o prazo para a sua ocorrência fica suspenso até o trânsito em julgado da decisão definitiva. V - Recurso ao qual se nega provimento."

AMS 2002.71.00.014251-8, Rel. Des. Fed. CASTRO LUGON, DJU 10.09.03: "ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. MUDANÇA CURRICULAR. AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 207 da CF/88. RAZOABILIDADE. 1. A autonomia didático-científica experimentada pelas universidades, consoante expresso no art. 207 da CF/88, autoriza a modificação da grade curricular, não havendo a configuração de direito adquirido do aluno ao currículo de ingresso no curso. 2. Há razoabilidade nas exigências agregadas ao currículo universitário, porque não contudem elas com o lógico, o racional, nem com as aspirações de utilidade e bom senso."

AG 2002.01.00040091-0, Rel. Des. Fed. TOURINHO NETO, DJU 06.06.03: "CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. DISCIPLINA PRÉ-REQUISITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O sistema de pré-requisitos em disciplina do curso que adota esse regime é essencial, não podendo o Judiciário dispensá-lo, sob pena de afrontar a autonomia didático-científica conferida às universidades pelo art. 207 da Constituição Federal. 2. Agravo de instrumento improvido."

Verifica-se, pois, que os fundamentos deduzidos pela autoridade impetrada, na defesa do ato impugnado, são consistentes com o princípio maior da autonomia didático-científica das universidades, sendo plausível, pois, diante do que assentado pela jurisprudência, a manutenção da r. decisão agravada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00043 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034596-39.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034596-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

AGRAVANTE : ASSIFARMA ASSOCIACAO DAS REDES INDEPENDENTES DE FARMACIAS E

DROGARIAS

ADVOGADO : VALTER A FERNANDES CARRETAS e outro
AGRAVADO : Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria ANVISA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00199851720104036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária, indeferiu a antecipação de tutela, pleiteada para suspender os efeitos da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA - RDC nº 238/01 (f. 95/6).

Alegou a agravante, em suma, que: (1) a Taxa de Concessão de Autorização de Funcionamento (para farmácias e drogarias) e a Taxa de Concessão de Autorização Especial de Funcionamento (para farmácias) devem ser cobradas por empresa, conforme estabelecido no item 3.1.5 c/c o item 3.1 do Anexo II da Lei nº 9.782/99; (2) a atividade tributária da ANVISA viola a Lei nº 9.782/99 e deturpa o conceito constitucional de empresa (art. 5º, XXIX, art. 7º, XI, art. 11, caput, art. 146, III, alínea "d", art. 170, IX, art. 179, caput, todos da CF/88), ao tratar cada estabelecimento como se fosse a própria empresa, ofendendo o art. 110 do CTN e toda a lógica jurídica; e (3) "a ANVISA ignora a lei de regência das taxas referidas, sendo que vem cobrando a exação por estabelecimentos (várias vezes da mesma empresa), com base na ilegal e abusiva interpretação do art. 3º da RDC 238/01, e não por empresa, destarte, a ANVISA está ultrapassando os limites ao poder de tributar, vulnerando o art. 150, I, da Constituição Federal, e o art. 97, I e II, do Código Tributário Nacional".

DECIDO.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de *periculum in mora*, apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato do direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao *fumus boni iuris*, legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância *a quo*.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00044 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034203-17.2010.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : ALESSIO FALASCINA
ADVOGADO : PEDRO VIEIRA DE MELO
PARTE RE' : INDUSTRIAS DE MAQUINA DANDREA S/A
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE LIMEIRA SP
No. ORIG. : 00.00.00211-2 A Vr LIMEIRA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, reconheceu a prescrição intercorrente para o redirecionamento da ação ao sócio ALESSIO FALASCINA, fixada a verba honorária de R\$5.000,00.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que, embora o redirecionamento da execução contra sócio deva ocorrer no prazo de cinco anos depois da citação da pessoa jurídica executada, apenas é possível o reconhecimento da prescrição intercorrente se o decurso do quinquênio ocorrer "in albis" por culpa atribuível ao credor, em face de sua inércia.

Neste sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

AgRg no RESP 1.062.571, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 24/03/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. 1. O Tribunal de origem reconheceu, in casu, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional. 2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser. 3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica. Aplicação do princípio da actio nata. 4. Agravo Regimental provido."

AgRg no REsp nº 996.480, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 26.11.2008: "EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-COMPROVAÇÃO. 1. Para caracterizar a prescrição intercorrente não basta que tenha transcorrido o quinquênio legal entre a citação da pessoa jurídica e a citação do sócio responsabilizado. Faz-se necessário que o processo executivo tenha ficado paralisado por mais de cinco anos por desídia da exequente, fato não demonstrado no processo. 2. A utilização da exceção de pré-executividade tem aplicação na Execução Fiscal somente quando puder ser resolvida por prova inequívoca, sem dilação probatória. 3. Na presente hipótese, o Tribunal de origem firmou entendimento de que não é caso de exceção de pré-executividade. Rever tal entendimento encontraria óbice na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido."

AC nº 2008.03.99007791-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EXECUÇÃO FISCAL. FLUÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL A PARTIR DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA FAZENDÁRIA DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NA HIPÓTESE. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ e Contribuição Social, sendo que o d. Juízo reconheceu de ofício a prescrição intercorrente, em virtude da fluência de período superior a 5 anos desde a efetivação da citação até a data da prolação da sentença. 2. Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação, uma vez que o d. Juízo expôs suficientemente os fundamentos em que se baseou para reconhecer prescrito o direito à cobrança dos valores em execução. 3. Assiste razão à apelante quanto a não ocorrência da prescrição intercorrente. 4. O entendimento esposado na sentença corretamente levou em consideração o lapso prescricional de cinco anos, previsto no art. 174 do CTN, equivocando-se, no entanto, ao não observar que o reconhecimento da prescrição da pretensão fazendária requer também, além da fluência do aludido prazo, que tenha havido paralisação do feito em decorrência da inércia da exequente. 5. A prescrição deve ser afastada na presente hipótese, pois o compulsar dos autos revela que não houve inércia da parte exequente. Neste sentido, verifica-se que, após a citação (16/06/97 - fls. 08), efetuou requerimento no sentido de localizar sócios da executada e bens destes (fev/01 - fls. 17), pleiteando também expedição de ofício ao Bacen (28/01/02 - fls. 58) e de mandado de penhora e avaliação (15/06/05 - fls. 108), tudo a demonstrar que não se omitiu na tramitação do feito. 6. Ausente paralisação do processo, em razão de inércia exclusiva da exequente, não há que se falar em prescrição intercorrente. 7. Apelação e remessa oficial providas. Retorno dos autos ao Juízo de origem para o devido prosseguimento do feito."

AG nº 2007.03.00081091-9, Rel. Des. Fed. NERY JÚNIOR, DJU de 27/03/2008: "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INÉRCIA. 1. A prescrição intercorrente ocorre se, no prazo entre a data de citação da empresa executada e a citação do sócio decorrerem mais de 5 anos e for configurada a desídia da exequente, ora agravante. 2. Não vislumbro a ocorrência de requisito essencial para ocorrência da prescrição intercorrente, qual seja, a desídia da exequente. 3. A agravante não colacionou nenhum documento que prove a responsabilidade do sócio indicado, tampouco cópia da Certidão da Dívida Ativa, documento que instrui a execução fiscal, não sendo possível verificar nela a data do fato gerador do tributo, para provar que o agravado integrava o quadro societário da empresa à época dos fatos geradores. 4. Recurso parcialmente provido."

Na espécie, consta que a execução fiscal foi distribuída em **19.07.2000** (f. 11 verso), sendo a empresa executada citada em **02.03.01** (f. 31 verso). Em **13.09.01** foram apensados aos autos o processo 4551/99 (f. 33 verso), no qual o sócio da executada havia sido incluído no pólo passivo desde 07/2000, sendo que, então, a FAZENDA NACIONAL requereu, nos autos principais, a que se refere este agravo, a inclusão do sócio ALESSIO FALASCINA no pólo passivo da execução em **07.11.05** (f. 34/7), ainda dentro do prazo quinquenal, mas que somente foi deferida, pelo Juízo, em **06.12.06** (f. 39), sendo juntados os extratos atualizados do débito em **09.02.07** (f. 39/42), porém a carta de citação somente foi expedida, pela Secretaria, em **04.07.08** (f. 44). Citado, o sócio alegou prescrição intercorrente em **19.09.08** (f. 47/50) e, após regularização processual, determinada ao agravado em **21.07.09** (f. 51) e cumprida em **23.03.10** (f. 53/65), sobreveio a manifestação da Fazenda Nacional em **21.07.10** (f. 68/75) e a decisão agravada em **09.08.10** (f. 76 e v).

Como se observa, o pedido de redirecionamento para citação do agravado foi feito no prazo de cinco anos contado da citação da pessoa jurídica, porém, por exclusiva morosidade judicial, tanto o deferimento da inclusão como a expedição da carta de citação ocorreram posteriormente, demonstrando que não houve culpa da exequente capaz de justificar a decretação da prescrição que, por configurar penalidade por inércia, exige a conduta causal do sancionado, motivo pelo qual manifestamente fundada a pretensão deduzida pela agravante.

Tal orientação, saliente-se, consideradas as circunstâncias do caso concreto, encontra-se fundada na própria essência do que dispõe a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça, que não pune o autor da ação com a prescrição se, ajuizada a tempo, a demora na citação ocorreu por motivos imputáveis apenas e tão-somente ao próprio Judiciário.

Reformada a decisão que acolheu a exceção de pré-executividade, não cabe cogitar-se de condenação em verba honorária, a qual fica prejudicada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, a fim de afastar a prescrição, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00045 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033067-29.2003.4.03.0000/SP

2003.03.00.033067-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
AGRAVANTE : EUROPEU PARTICIPACOES REPRESENTACOES E NEGOCIOS LTDA
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2002.61.00.005118-2 3 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Vistos fls. 287 e ss.

Oficie-se à Caixa Econômica Federal para que transfira os valores depositados no bojo do presente recurso aos autos da ação principal (Processo n. 2002.61.00.005118-2), à disposição do MM. Juízo *a quo*, encaminhando-se cópia das guias de depósito.

Após, remetam-se os autos à origem para arquivamento, se nada for requerido.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00046 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034037-82.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034037-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : TUCUNDUVA E CARVALHO MOTTA LTDA
ADVOGADO : OMAR AUGUSTO LEITE MELO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ASSIS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00015816420104036116 1 Vr ASSIS/SP

DECISÃO

1. Regularize a agravante sua representação processual apresentando cópia de seu contrato social. Cumpra-se, em 5 (cinco) dias, sob pena de negativa de seguimento ao recurso.

2. Trata-se de agravo de instrumento interposto por TUCUNDUVA E CARVALHO MOTTA LTDA em face de decisão que, em medida cautelar fiscal, deferiu a liminar e decretou a indisponibilidade de seus bens até o limite do valor da autuação, ressalvados os declarados impenhoráveis, determinando-se a comunicação da decisão ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e ao Denatram/Renavam, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.397/1992, para que promovam a indisponibilidade de todos os bens encontrados em nome da requerida até o limite de R\$ 1.190.747,76.

Sustenta a agravante, em síntese, que: a) os débitos decorrentes do Processo Administrativo n. 11444.000127/2007-19 estão com a exigibilidade suspensa em razão da pendência da defesa administrativa apresentada; b) segundo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, a constituição definitiva do crédito tributário é requisito indispensável para a propositura da medida cautelar fiscal, de modo que a suspensão da exigibilidade do crédito retira o interesse de agir da agravada; c) a indisponibilidade deve sempre recair sobre bens que pertençam ao ativo imobilizado do contribuinte, na forma do art. 4º, § 1º da Lei n. 8.397/1992; d) o bloqueio de suas contas correntes, além de não encontrar amparo na lei que regulamenta a medida cautelar fiscal, impossibilita a continuidade de suas atividades, o que é desproporcional e irrazoável; e) além da hipótese de o débito ultrapassar em 30% o patrimônio conhecido do contribuinte, a Lei n. 8.397/1992 estabelece outros requisitos para a concessão da indisponibilidade dos bens do sujeito passivo, os quais não foram observados no caso em análise; f) atua há quase vinte anos no ramo de prestação de serviços de limpeza em prédios e domicílios, não possuindo, portanto, ativo imobilizado muito significativo; g) não se encontra em situação irregular perante o Fisco, dispondo de certidão positiva de débito com efeito de negativa; h) não foi constatada a prática de ilícito tributário, conforme se verifica da multa aplicada; i) o bloqueio das contas correntes equivale à sentença de falência, já que a recorrente não tem como honrar seus compromissos perante fornecedores e empregados, sendo que os créditos trabalhistas preferem ao tributário (art. 186, CTN).

Requer a antecipação da tutela recursal para suspender imediatamente a decisão agravada, liberando-se os numerários constantes nas contas correntes da agravante, suspendendo-se o prosseguimento da medida cautelar fiscal até o julgamento do recurso pela E. Terceira Turma.

Decido.

Na análise inicial permitida nesta fase de cognição sumária, vislumbro os pressupostos autorizadores à concessão parcial do efeito suspensivo pleiteado.

Já decidi alhures (agravos de instrumento nº 2004.03.00.029878-8 e nº 2005.03.00.063302-8) que a medida cautelar fiscal que produz a indisponibilidade de bens do contribuinte, prevista na Lei n. 8.397/1992, é de interpretação restritiva e concessão excepcional, circunscrita ao exame rígido dos seus pressupostos, tendo em vista que, se assim não for, sua aplicação pura e simples pode tornar-se draconiana, enveredando pelo campo da inconstitucionalidade, tamanhos os privilégios que concede aos pleitos fiscais.

Só para exemplificar, chega a ponto de, mediante acréscimo em seu texto perpetrado pela Lei n. 9.532/1997, permitir a cautelar fiscal com indisponibilidade de bens quando "*o devedor pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito*", sem dizer quais, permitindo então o mais amplo subjetivismo autoritário do aplicador da lei, texto que, a meu sentir, é de duvidosa constitucionalidade, diante dos princípios da tipicidade tributária, da segurança jurídica e da razoabilidade.

Examinando os autos com a ótica de interpretação acima delineada, constato que, neste exame preambular, a decisão agravada merece reparos apenas no tocante à extensão da indisponibilidade deferida. Explico.

De acordo com os elementos constantes dos autos, verifica-se que em 2007 foram lavrados dois autos de infração contra a ora agravante no valor total de R\$ 620.555,93 (fls. 101/107 e 108/113), relativos a CSLL e IRPJ.

Tendo em vista o disposto nos artigos 64 e 64-A, da Lei n. 9.532/1997 e 7º e 8º, da Instrução Normativa SRF n. 264/2002, procedeu-se ao arrolamento de bens e direitos em nome da ora agravante (fls. 36/49), a qual, de acordo com os documentos de fls. 116, 119, 124 e 136, alienou bens que integravam o arrolamento sem comunicar, aparentemente, à Receita Federal.

Tal fato enseja o ajuizamento de medida cautelar fiscal em face do sujeito passivo tributário, nos termos do art. 2º, VII, da Lei n. 8.397/1992 e do art. 9º, VII da Instrução Normativa n. 264/2002.

Assim, apesar de a agravante afirmar ser incabível o ajuizamento de medida cautelar fiscal em razão da suspensão da exigibilidade dos débitos decorrentes do Processo Administrativo n. 11444.000127/2007-19, decorrente da apresentação de defesa administrativa ainda pendente de apreciação, nesse exame preambular entendo que restou demonstrada a hipótese prevista no art. 2º, VII, da Lei n. 8.397/1992, conforme exposto acima, apta a ensejar a medida de indisponibilidade de bens deferida na decisão agravada.

Entretanto, verifica-se que a ora agravante é pessoa jurídica e, dessa forma, a indisponibilidade só pode recair sobre bens do seu ativo permanente (art. 4º, da referida lei), o que não alcança contas bancárias.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça admite, em situações excepcionais, a decretação de indisponibilidade sobre outros bens, ainda que não integrem o ativo permanente:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART.535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEI N. 8.397/92. SÚMULA N. 7/STJ. INDISPONIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. BENS ESTRANHOS AO ATIVO PERMANENTE. PRECEDENTES. ART. 294 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO-CONFIGURADA.

1. *Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas foram examinadas no acórdão embargado.*

2. *Tendo o Tribunal de origem se apoiado no conjunto fático-probatório dos autos para concluir que o bloqueio das contas bancárias das empresas devedoras e de seus sócios não deveria ser mantido, não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, alterar tal entendimento, visto que implicaria o reexame de provas, o que é vedado em face do óbice contido na Súmula n.7/STJ.*

3. *A Lei n. 8.397/92 (art. 4º, § 1º) põe a salvo do gravame da indisponibilidade bens de pessoa jurídica que não integrem seu ativo permanente; todavia, o STJ já firmou entendimento de que, em situações excepcionais, admite-se a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam seu ativo permanente.*

4. *Recurso especial do INSS não-conhecido. Recurso especial dos contribuintes não-provido.*" (REsp 365.546/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 6/6/2006, DJ 4/8/2006)

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. ART. 4º, § 1º, DA LEI 8.397/92. INDISPONIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. BENS ESTRANHOS AO ATIVO PERMANENTE. VALORES REPASSADOS PELO PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DOS CUSTOS DA PRODUÇÃO DE CANA-DE-AÇÚCAR DA REGIÃO NORDESTE.

1. *O art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/02 que disciplina a medida cautelar fiscal põe a salvo do gravame da indisponibilidade os bens de pessoa jurídica que não integrem o seu ativo permanente.*

2. *Todavia, em situações excepcionais, quando a empresa estiver com suas atividades paralisadas ou não forem localizados em seu patrimônio bens que pudessem garantir a execução fiscal, esta Corte vem admitindo a decretação de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica, ainda que estes não constituam o seu ativo permanente (REsp 513.078/AL).*

3. *Sem embargo do entendimento trilhado no precedente citado, no caso, não restou demonstrado que a recorrida, usina açucareira, está com suas atividades paralisadas ou que não foram localizados em seu patrimônio bens capazes de garantir as execuções fiscais ajuizadas.*

4. *Recurso especial improvido.*" (REsp 677424/PE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. 14/12/2004, DJ 4/4/2005)

"MEDIDA CAUTELAR FISCAL. ALCANCE DO ARTIGO 4º, § 1º, DA LEI 8397/92. INDISPONIBILIDADE DE CRÉDITOS SECURITIZADOS DO PROGRAMA POLÍTICA DE EQUALIZAÇÃO DE PREÇOS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL. POSSIBILIDADE. USINA AÇUCAREIRA INATIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *Não configura violação ao artigo 4º, § 1º, da Lei 8397/92 a decretação de indisponibilidade de créditos securitizados do Programa Política de Equalização de Preços do Açúcar e do Alcool, se a empresa executada, usina açucareira, no caso, encontra-se, conforme certidão do Oficial de Justiça, com suas atividades paralisadas. Justifica-se, ainda, a indisponibilidade na medida em que, existindo diversas execuções fiscais movidas contra a empresa, não foram encontrados bens suficientes à garantia do crédito fazendário.*

2. *A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam, a meu entender, em face da excepcionalidade do caso, sejam indisponibilizados os bens do ativo não permanente. Corroboro o entendimento de que o artigo 4º, § 1º, da Lei 8397/92, não tem por objetivo tornar inatingíveis bens de pessoas jurídicas que não estejam em atividade posto que não integrantes do ciclo operacional da empresa.*

3. *Recurso especial provido.*" (REsp 513.078, Relator Ministro José Delgado Primeira Turma, DJ 17/11/2003)

No caso em análise, em exame superficial, não vislumbro a presença de situação excepcional a ensejar a extensão da indisponibilidade de bens às contas bancárias da ora recorrente, eis que esta aparentemente encontra-se ativa e apresentou defesa administrativa no Processo Administrativo n. 11444.000127/2007-19 e, ainda, aderiu ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009 no que tange aos débitos indicados a fls. 132.

Ademais, entendo presente o perigo de dano de difícil reparação, que não é aquele da decisão, com a devida vênia, mas em verdade é reverso, tendo em conta os prejuízos causados à agravante com a manutenção da indisponibilidade de todos os seus ativos financeiros, pois tal medida inviabiliza o exercício normal das atividades da empresa, principalmente o cumprimento dos seus compromissos junto a empregados e fornecedores.

Ante o exposto, **defiro parcialmente** a antecipação da tutela recursal postulada, para determinar a liberação do numerário constante das contas correntes da agravante.

Comunique-se o MM. Juiz *a quo* para as providências cabíveis.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a parte agravada para contraminutar.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00047 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035629-64.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035629-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : NAAMAN REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA massa falida e outro
: MARLI SALETE ALLIENDE
ADVOGADO : ABILIO CARLOS DE SOUZA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05363289619984036182 5F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a inclusão dos sócios da empresa-executada, SELIM JEAN MALOUF, NAMEIN MALOUF, PATRÍCIA DE SIQUEIRA ALLIENDE e CÍNTIA APARECIDA DA SILVA CHINEN, do pólo passivo da ação, fundamentando na decretação da falência da empresa-executada.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias. 2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócio s-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Assim igualmente ocorre, quando a hipótese é de falência que, por não constituir forma de dissolução irregular da sociedade, somente autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os ex-administradores se provada a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou com infração à lei, contrato ou estatuto social.

A propósito, os seguintes precedentes:

RESP nº 882.474, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 22.08.08: "PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA FALIDA - NOME DO SÓCIO NA CDA - REDIRECIONAMENTO: IMPOSSIBILIDADE - ART. 13 DA LEI 8620/93 - CONTROVÉRSIA DECIDIDA SOB O ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL - NÃO CONHECIMENTO. 1. Na interpretação do art. 135 do CTN, o Direito pretoriano no STJ firmou-se no sentido de admitir o redirecionamento para buscar responsabilidade dos sócio s, quando não encontrada a pessoa jurídica ou bens que garantam a execução. 2. Duas regras básicas comandam o redirecionamento: a) quando a empresa se extingue regularmente, cabe ao exequente provar a culpa do sócio para obter a sua imputação de responsabilidade; b) se a empresa se extingue de forma irregular, torna-se possível o redirecionamento, sendo ônus do sócio provar que não agiu com culpa ou excesso de poder. 3. Na hipótese dos autos, surge uma terceira regra: quando a empresa se extingue por falência, depois de exaurido o seu patrimônio. Aqui, a responsabilidade é inteiramente da empresa extinta com o aval da Justiça, sem ônus para os sócio s, exceto quando houver comportamento fraudulento. 4. Inviável o recurso especial interposto contra acórdão que decidiu controvérsia em torno da inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/93, sob enfoque exclusivamente constitucional. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."

AGRESP nº 971.741, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 04.08.08: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS.

IMPOSSIBILIDADE. FALÊNCIA . MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 83/STJ. 1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. 2. A simples quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei. 3. Agravo regimental não provido."

É certo, ainda, que é ônus da exequente comprovar a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou administrador, não se podendo invocar, para respaldar o redirecionamento, a regra do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 que, por colidir com a disciplina do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não tem o condão de revogar a legislação complementar. Ao contrário, o que se revogou foi o próprio preceito invocado pela exequente, conforme revela a MP nº 449/08, ainda vigente, a revelar a manifesta impropriedade da invocação da responsabilidade tributária nas condições pretendidas pela Fazenda Nacional, como tem reiteradamente decidido esta Turma (v.g. - AG nº 2007.03.00099603-1, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 03/02/2009).

Na espécie, não houve dissolução irregular da sociedade, mas apenas a sua falência, ocorrida em **24.08.2000**, conforme informação constante da ficha cadastral (f. 95/8), sem a comprovação, porém, de qualquer ato de administração, por parte dos referidos sócios, capaz de gerar a responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN, seja por excesso de poderes, ou por infração à lei, contrato ou estatuto social, pelo que manifestamente improcedente o pedido de reforma. Ademais, o encerramento da falência, sem que restem bens da sociedade para suportar a execução fiscal, não enseja, por si, a responsabilidade tributária dos ex-sócios-gerentes, a qual somente pode ser reconhecida se presentes os requisitos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, conforme tem decidido não apenas o Superior Tribunal de Justiça, como especialmente esta Turma, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

AG nº 2008.03.00040215-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 07/04/09: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO -GERENTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. FALÊNCIA DA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. I - Não conhecimento do agravo regimental, porquanto, pela nova sistemática processual, incabível o manejo de recurso contra decisão monocrática do Relator (Art. 527, § único do CPC). II - Não conhecimento da matéria referente à nulidade da Certidão da Dívida Ativa, tendo em vista a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que enseja o exame de matéria efetivamente apreciada pelo juízo a quo, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. III - Tenho admitido que o simples inadimplemento do crédito tributário não é suficiente para ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes da empresa devedora, sendo necessário apresentar indícios de dissolução irregular da empresa executada ou a prática de alguns dos atos previstos no artigo 135, III, do CTN, tais como atos cometidos com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatuto. IV- Nos casos de dissolução da empresa por meio de decretação de falência, não há inclusão automática dos sócio s. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. V - No caso em testilha, não houve comprovação pela exequente de eventual gestão fraudulenta praticada pelos sócio s-gerentes indicados. Verifico, ademais, que, após o relatório final do síndico e concordância do Ministério Público, o processo de falência foi encerrado sem que houvesse qualquer menção a eventual ação penal falimentar movida em face dos administradores, bem como qualquer apuração no sentido de prática de crime falimentar. VI - Desta forma, entendo incabível, ao menos por ora, o redirecionamento da execução fiscal pretendida VII - Agravo de instrumento provido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00048 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034279-41.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034279-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : IND/ BANDEIRANTE DE ARTEFATOS DE PLASTICOS E MADEIRA LTDA
ADVOGADO : LEANDRO LORDELO LOPES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00204156620104036100 13 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em mandado de segurança, deferiu pedido de reconsideração e concedeu liminar para a emissão de certidão positiva de débitos fiscais, com efeitos de negativa, desde que inexistentes outras dívidas pendentes além das inscrições nºs 80.2.06.025142-21, 80.6.06.038340-24, 80.6.06.182529-80, 80.5.08.011382-80, 80.5.08.011383-61 e 80.5.08.011386-04 (f. 171/5).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que somente a penhora suficiente e eficaz autoriza, nos termos do artigo 206 do CTN, a expedição de certidão de regularidade fiscal.

Neste sentido, os precedentes:

- RESP nº 705804, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU de 10.10.05, p. 329: "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CPEN. ART. 206 DO CTN. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO. 1. É necessária a suficiência da penhora para que possa ser autorizada a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. 2. Recurso especial provido".
- AGRESP nº 1022831, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 08.05.08: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL INSTAURADA. PENHORA INSUFICIENTE. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE DESÍDIA DO FISCO EM REQUERER REFORÇO. SÚMULA Nº 07/STJ. I - A interpretação que se extrai do art. 206 do CTN é a de que a penhora, para fins de garantia do crédito tributário, há de ser efetiva e suficiente. Portanto, para a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, não basta o oferecimento de bens à penhora, sendo necessária a penhora de bens suficientes para a garantia do débito exequiêndo. Precedentes: AgRg no REsp 798.215/PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 10/04/2006; AGRMC nº 7.731/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/05/2004; AgRg no Ag 469.422/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 19/05/2003; REsp nº 408.677/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 23/09/2002 e REsp nº 205.815/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 28/06/1999. II - Acolher o argumento da agravante de ter havido desídia por parte do Fisco quando o acórdão recorrido afirma o contrário importaria em revolvimento do substrato fático-probatório, o que em sede de recurso especial é vedado pelo enunciado sumular nº 07/STJ. III - Agravo regimental improvido".
- RESP nº 413388, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJU de 18.10.04, p. 207: "RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "A". TRIBUTÁRIO. ART. 206. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. PENHORA INSUFICIENTE. CERTIDÃO INDEFERIDA PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. A questão debatida nos presentes autos não enseja maiores digressões, pois somente pode ser expedida a certidão positiva com efeitos de negativa, na forma do artigo 206 do CTN, quando no processo executivo tiver sido efetivada a penhora ou quando suspensa a exigibilidade do crédito tributário por alguma das hipóteses previstas no artigo 151 e incisos do mesmo Codex. In casu, constatado que a penhora não foi suficiente para garantir integralmente o débito fiscal, não se é de autorizar a expedição da certidão. Precedentes: AGRMC 7731/RJ, Relator Min. Denise Arruda, DJU 03/05/2004; REsp 494.881/CE, Relator Min. Luiz Fux, DJU 15/03/2004, e REsp 182.984/SE, Relator Min. Garcia Vieira, DJU 14/12/1998. Recurso especial improvido".

Na espécie, não há controvérsias quanto aos débitos inscritos em dívida ativa sob nº **80.2.06.025142-21** e **80.6.06.182529-80**, em face da existência de penhora suficiente e realização de parcelamento, nos termos da Lei nº 11.941/09, respectivamente.

Com relação ao débito da CDA nº **80.6.06.038340-24**, de fato, não foi demonstrada a suficiência da penhora e, conseqüentemente, o direito líquido e certo à certidão de que trata o artigo 206 do Código Tributário Nacional. Conforme informações gerais desta inscrição, o débito consolidado, em 18/10/2010, era de **R\$ 98.446,82** (f. 216), ao passo que, na época da penhora, já perfazia o montante de **R\$ 93.096,99**, e não consta dos autos a avaliação por oficial de justiça do bem penhorado (um caminhão movido a diesel, marca/modelo VW/13.150, ano de fabricação/modelo

2003), consoante **auto de penhora de f. 137**. A agravante, por sua vez, juntou **consulta à tabela FIPE**, realizada em **outubro de 2010**, que atribui preço médio de **R\$ 69.780,00** a veículo com características similares ao penhorado (f. 223), o que, por si só, já constituiria indício de que a penhora seja realmente insuficiente. Ressalte-se que eventual oposição de embargos não atesta a suficiência da garantia. De outra parte, a existência de pedidos de revisão de débitos inscritos, como alegou a impetrante (f. 18), não comprova a suspensão da exigibilidade. Ademais, a inscrição foi mantida, inicialmente, por despacho da autoridade administrativa (f. 139), sendo que a apresentação posterior do documentário fiscal para a demonstração das alegações do contribuinte (f. 140/3), igualmente, não opera a suspensão da exigibilidade.

Não bastasse a falta de comprovação da suficiência da garantia ou da suspensão da exigibilidade do débito da CDA nº **80.6.06.038340-24**, também as inscrições nºs **80.5.08.011382-80**, **80.5.08.011383-61** e **80.5.08.011386-04** não autorizam a emissão de certidão de regularidade fiscal. Assim porque não há como aferir a plausibilidade jurídica da alegação de prescrição apenas com base nos elementos juntados pela impetrante. Consta, efetivamente, que as três inscrições citadas são oriundas de autos de infração, relativos à multa prevista no artigo 75 da CLT, em razão do descumprimento do disposto no artigo 59, *caput*, da CLT, todas com notificação em **09/10/2003** e vencimento em **20/10/2003** (f. 93, 110 e 127). As respectivas inscrições foram efetuadas em **10/10/2008** (f. 210, 212 e 214). O simples fato de não ter sido apresentada defesa administrativa, como certificado pela própria Delegacia Regional do Trabalho (f. 86, 102 e 121), não é suficiente para aferir a inoccorrência de qualquer outra causa de interrupção ou suspensão da prescrição. As informações gerais da inscrição apontam, inclusive, que houve pedidos de parcelamento (f. 211, 213 e 215).

Por outro lado, a exceção de pré-executividade oposta nos autos da EF nº 00303006420095020028, em curso na 28ª Vara do Trabalho desta Capital (f. 62/73), onde a agravada alegou a prescrição, ainda não foi apreciada, não constituindo, por isso, indício ou prova de inexigibilidade da multa em cobrança.

Desta forma, impõe-se que seja cassada a liminar que deferiu a emissão de certidão positiva de débitos fiscais, com efeitos de negativa, vez que ausentes os requisitos do artigo 206 do Código Tributário Nacional.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00049 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034954-04.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034954-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : CACAMBA S COM/ E LOCACOES LTDA e outros
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BRUNETTI
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : PASCHOAL NIGRO NETO e outro
: IVAN NIGRO
ADVOGADO : IOLANDA DE ALMEIDA CRISPIM DOS SANTOS
PARTE RE' : EDINO PEDRO VIEIRA e outros
: JOSE MARCOS DA SILVA
: MARIA TEREZINHA SOBRAL
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE MATAO SP
No. ORIG. : 02.00.00092-5 2 Vr MATAO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade, fundada na alegação de prescrição do crédito fiscal.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o recurso não foi adequadamente instruído, vez que a cópia da decisão agravada e a cópia da certidão de intimação da decisão agravada, peças de juntada obrigatória, previstas no artigo 525, I, do Código de Processo Civil, deixaram de ser anexadas, o que inviabiliza seu conhecimento, sendo certo que o ônus processual da integral instrução do recurso é exclusivamente do agravante, devendo ser aferida tal regularidade no ato de interposição, sob pena de negativa de seguimento.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00050 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022558-92.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.022558-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : USINA ALVORADA DO OESTE LTDA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO GOULART
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : DESTILARIA DALVA LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE SANTO ANASTACIO SP
No. ORIG. : 96.00.00006-2 1 Vr SANTO ANASTACIO/SP

DESPACHO

Regularize a recorrente o presente agravo de instrumento, efetuando o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno na instituição financeira competente, ou seja, Caixa Econômica Federal, nos termos do artigo 3º da Resolução n. 278, do Conselho da Administração desta Corte, publicada no Diário Oficial em 18 de maio de 2007.

Cumpra-se, em 5 dias, sob pena de negativa de seguimento.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00051 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035323-32.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.035323-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : TERCILIO POZZANI
ADVOGADO : VALDIR GIATTI
PARTE RE' : INDUSTRIAS FRANCISCO POZZANI S/A
ADVOGADO : JOAO ANTONIO ESPINOZA SARONI
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE JUNDIAI SP
No. ORIG. : 99.00.00159-9 A Vr JUNDIAI/SP

DECISÃO

Fls. 181: Indefiro o pedido do advogado do agravado de intimação da União para pagamento dos honorários de sucumbência.

Tal pleito deve ser formulado no Juízo de origem, ainda mais no caso em exame, onde referida verba foi fixada pelo próprio Juízo de Primeiro Grau.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00052 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0102412-43.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.102412-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : MOVEL CONSULTORIA E MAO DE OBRA TEMPORARIA LTDA
ADVOGADO : FABIO ROBERTO DE ALMEIDA TAVARES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 2006.61.14.003825-8 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MOVEL CONSULTORIA E MAO DE OBRA TEMPORARIA LTDA. em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido para determinar a exclusão da executada do CADIN.

Manifeste-se a agravante, em 5 dias, acerca do interesse no prosseguimento do recurso, tendo em vista que, em consulta ao sistema de andamento processual, verifica-se que a executada, ora recorrente, aderiu ao parcelamento da Lei n. 11.941/2009, tendo o MM. Juízo *a quo* determinado a suspensão da execução fiscal e determinado a sua remessa ao arquivo, sobrestado.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido *in albis* o prazo, após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00053 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017080-06.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.017080-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : EMPRESA JORNALISTICA DAS FOLHAS LTDA
ADVOGADO : MARIO SERGIO SPERETTA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARARAQUARA - 20ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00035812520104036120 1 Vr ARARAQUARA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a ação mandamental já foi decidida, tendo sido proferida sentença. Ante o exposto, reconsidero a decisão a fls. 82/82vº que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, para **negar** seguimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o recurso a fls. 85/87, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00054 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020767-88.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020767-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : CESAR LOUZADA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTOS Sec Jud SP

No. ORIG. : 00039584420104036104 1 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Em consulta procedida no Sistema de Controle Processual, verifica-se que o Juízo *a quo* proferiu sentença nos autos da ação mandamental, restando prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00055 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020415-33.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020415-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : RAUL ANTONIO BIANCO

ADVOGADO : EVANDRO DEMETRIO

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

PARTE RE' : AVICOLA VALE DO TIETE LTDA

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BARIRI SP

No. ORIG. : 03.00.03716-1 1 Vr BARIRI/SP

DESPACHO

Regularize o recorrente o presente agravo de instrumento, efetuando o recolhimento das custas e do porte de remessa e retorno na instituição financeira competente, ou seja, Caixa Econômica Federal, nos termos do artigo 3º da Resolução n. 278, do Conselho da Administração desta Corte, publicada no Diário Oficial em 18 de maio de 2007.

Cumpra-se, em 5 dias, sob pena de negativa de seguimento.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00056 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0036602-53.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.036602-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : CLAUDIA SOUSA MENDES e outro

AGRAVADO : SERGIO SEBASTIAO DOS SANTOS

ADVOGADO : ROBSON EVANDRO DO AMARAL e outro

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 2007.61.00.013898-4 17 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal - CEF contra decisão que, em ação ordinária em fase de cumprimento de sentença, acolheu os cálculos ofertados pela parte autora, rejeitando a impugnação oposta pela ora recorrente, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à impugnação.

A agravante sustenta, em síntese, que é indevido o pagamento de honorários advocatícios no cumprimento de sentença, que não se trata de processo novo, mas sim de fase integrante daquele já sentenciado, nos termos da Lei n. 11.232/2005.

Requer a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso para reformar a decisão que a condenou ao pagamento de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil.

Com efeito, não merece reparos a decisão que, ao rejeitar a impugnação ao cumprimento de sentença, condenou a CEF ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre a diferença entre o valor exigido pela parte autora e aquele que seria devido no entender da ora agravante.

Isso porque a Lei n. 11.232/05 acrescentou o artigo 475-J no Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

"Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação."

Referida lei estabeleceu nova sistemática à liquidação de sentença, devendo ser destacado, em caso de liquidação por cálculo, o seguinte dispositivo legal:

"Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo."

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

§ 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 3º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 4º Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)"

Considerando-se as duas normas supra citadas, verifico nos autos que houve apresentação de memória de cálculos pela parte autora (fls. 63/65), e a consequente determinação de pagamento do montante da execução no prazo do artigo 475-J, CPC.

Intimada para o cumprimento da sentença, a ora recorrente depositou o valor pleiteado (R\$ 47.319,18 - fls. 74) e apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, sustentando ser devido apenas a quantia de R\$ 3.572,53 (fls. 71/72), o que ensejou manifestação da parte exequente (fls. 88/90).

Dessa forma, havendo atividade desempenhada pelo patrono da exequente na fase de cumprimento de sentença, devida é também a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, conforme jurisprudência dominante.

"PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI Nº 11.232/05. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE.

- A alteração da natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não".

- O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução.

Ora, se nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a execução comporta o arbitramento de honorários e se, de acordo com o art. 475, I, do CPC, o cumprimento da sentença é realizado via execução, decorre logicamente destes dois postulados que deverá haver a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

- Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.

- Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art.

475-J do CPC. Seria inútil a instituição da multa do art. 475-J do CPC se, em contrapartida, fosse abolida a condenação em honorários, arbitrada no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação.

Recurso especial conhecido e provido." (STJ, REsp 1028855/SC, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Corte Especial, j. 27/11/2008, DJe 5/3/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 20 DO CPC - PRECEDENTES - APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I. Quanto ao arbitramento dos honorários advocatícios na impugnação ao pedido de cumprimento de sentença, a Terceira Turma desta Corte, em 11.3.08, no julgamento do REsp 978.545/MG, sob a relatoria da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, posicionou-se no sentido de que, conquanto a nova sistemática imposta pela Lei nº 11.232/05 tenha alterado a natureza da execução de sentença que passou a ser mera fase complementar do processo de cognição

deixando de ser tratada como processo autônomo, não trouxe nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

II. No julgamento do REsp 1.028.855/SC (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julg. em 27.11.2008), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, na fase de cumprimento de sentença, impugnada ou não, deve ser fixada verba honorária nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

III. Irretocável o Acórdão recorrido, porquanto, fixada a verba honorária de acordo com a apreciação equitativa do juiz, excetuados os casos de quantia irrisória ou exorbitante, não será suscetível de reexame em sede de Recurso Especial, a teor da Súmula 7 desta Corte.

III. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Agravo Regimental improvido." (STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp 1134659/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 17/6/2010, DJe 29/6/2010)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELA LEI N. 11.232/2005. CONDENAÇÃO A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. Na nova sistemática processual civil instituída pela Lei n. 11.232/2005, é cabível a condenação a honorários advocatícios no estágio da execução denominado "cumprimento de sentença".

2. Agravo de instrumento a que se concede provimento." (TRF 3ª Região, Terceira Turma, AI n. 2008.03.00.037481-4, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 18/2/2010, DJF3 9/3/2010)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: POSSIBILIDADE. 1.A Lei Federal nº 11232/05 alterou a sistemática do processo de execução, retirando-lhe o caráter autônomo, mas é cabível a condenação em honorários advocatícios, na impugnação ao pedido de cumprimento de sentença. Precedentes.

2.Agravo de instrumento improvido." (TRF 3ª Região, Quarta Turma, AI n. 2009.03.00.037234-2, Relator Desembargador Federal Fabio Prieto, j. 10/6/2010, DJF3 15/7/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NATUREZA DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ.

1. Preliminarmente, indefiro o pedido de devolução de prazo, a uma, porque não houve qualquer prejuízo à agravada, que apresentou oportunamente sua contraminuta e, a duas, porque a agravante está regularmente representada nestes autos, consoante procuração de fls. 247/248 e substabelecimentos de fls. 261/262. Cumpre ressaltar, ademais, que eventual defeito na representação nos autos principais lá deve ser argüida e dirimida, não comportando esta via recursal tal discussão.

2. A Lei 11.232/05 introduziu importantes alterações no Código de Processo Civil no tocante à execução de título executivo judicial, que deixou de ser um processo autônomo para constituir uma fase processual, denominada pelo legislador "cumprimento de sentença".

3 Entretanto, a modificação não teve o condão de alterar a natureza jurídica de execução de título judicial, que continua a ser necessária caso o devedor não cumpra voluntariamente a obrigação.

4. É devida a fixação da verba honorária autônoma na fase de cumprimento de sentença, caso não haja o cumprimento voluntário ou reste rejeitada a respectiva impugnação.

5. Precedente do STJ: REsp 1028855, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJE 05.03.2009.

6. Agravo de instrumento provido." (TRF 3ª Região, Sexta Turma, AI n. 2008.03.00.042033-2, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 21/5/2009, DJF3 9/6/2009, grifos meus)

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, pois em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00057 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030032-17.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.030032-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : EVONIK DEGUSSA BRASIL LTDA

ADVOGADO : WAGNER SERPA JUNIOR e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00168717020104036100 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a ação mandamental já foi decidida, tendo sido proferida sentença, restando prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00058 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000574-23.2008.4.03.0000/SP

2008.03.00.000574-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ADVOGADO : RAIMUNDA MONICA MAGNO ARAUJO BONAGURA e outro
AGRAVADO : FUNDACAO DE AMPARO A PESQUISA DO ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO BARBOSA CATALANO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2007.61.00.029694-2 16 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a ação ordinária já foi decidida, tendo sido proferida sentença, restando prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00059 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0041362-21.2004.4.03.0000/SP

2004.03.00.041362-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : IB PARTICIPACOES E SISTEMA EDUCACIONAL LTDA
ADVOGADO : REGINA NASCIMENTO DE MENEZES
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SOROCABA Sec Jud SP
No. ORIG. : 2004.61.10.002987-0 1 Vr SOROCABA/SP

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IB Participações e Sistema Educacional Ltda. em face de decisão que, em ação ordinária visando a sua manutenção no Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme termo de opção por ela realizado, bem como o afastamento dos efeitos do Ato Declaratório de Exclusão n. 356.963, indeferiu o pedido de tutela antecipada.

Foi proferida decisão monocrática, negando seguimento ao recurso, eis que em manifesto confronto com entendimento pacificado do STF acerca da matéria (fls. 153/154).

Agravo inominado a fls. 157/163.

Decido.

Reconsidero a decisão a fls. 153/154 e passo ao exame do agravo de instrumento.

Diante da recente alteração do Código de Processo Civil, veiculada pela Lei n. 11.187/2005, o relator sorteado, face à atual prescrição do artigo 527, deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas situações excepcionais ali previstas.

A atual sistemática segue no sentido não só de prestigiar a função essencial dos Tribunais, que é de julgar as questões de mérito devolvidas por meio de apelações, mas também de evidenciar a destinação de um instrumento processual, que é evitar a perda de um direito por ação do tempo.

Reforça, assim, o verdadeiro significado de lesão grave e de difícil reparação presente nas regras processuais, que exige uma situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada, e não simplesmente criada ou afirmada pela parte agravante.

Nesse sentido, preleciona o Ministro Teori Albino Zavascki: "O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito firmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado" (in *Antecipação da tutela*, 3ª edição, Saraiva, 1997, p. 77).

O dano ou o risco de lesão grave e de difícil reparação deve estar objetivamente qualificado no sentido da imprescindibilidade de revisão da decisão recorrida, sob pena de efetiva ineficácia do próprio provimento jurisdicional buscado. As alegações genéricas de perigo não possuem mais lugar na nova sistemática de processamento do agravo de instrumento.

Assim, a simples alegação de que, sem a tutela recursal requerida, poderá sofrer lavratura de auto de infração não legitima a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento, diante da ausência de lesão grave e de difícil reparação à agravante.

Ante o exposto, **converto** o agravo de instrumento em agravo retido, com fulcro no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após, considerando que esta decisão não é passível de reforma (art. 527, parágrafo único, do CPC), determino a imediata baixa dos autos à Vara de origem para pensamento aos autos principais.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00060 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031951-17.2005.4.03.0000/SP

2005.03.00.031951-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : NATURE S PLUS FARMACEUTICA LTDA
ADVOGADO : CARLOS VICENTE DA SILVA NOGUEIRA
AGRAVADO : Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria ANVISA
ADVOGADO : ALEXANDRE ACERBI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª SJJ>SP
No. ORIG. : 2005.61.00.902212-0 2 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Nature's Plus Farmacêutica Ltda., em face de decisão que, em ação ordinária visando à suspensão dos efeitos da Resolução n. 208/2004 - ANVISA, que cancelou o registro sanitário do medicamento similar MMF (*micofenolato mofetil*), impedindo a autora de fabricar e comercializar esse medicamento, indeferiu a antecipação da tutela.

A tutela recursal requerida no presente recurso foi indeferida, ao fundamento de que a concessão da tutelar recursal *initio litis*, sem a análise aprofundada de todos os elementos do caso em testilha e, principalmente, sem o indispensável contraditório, poderia causar dano reverso, tendo em vista a complexidade da questão posta e, principalmente, a possibilidade de riscos graves à saúde dos consumidores (fls. 149/151).

Decido.

Diante da recente alteração do Código de Processo Civil, veiculada pela Lei n. 11.187/2005, o relator sorteado, face à atual prescrição do artigo 527, deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas situações excepcionais ali previstas.

A atual sistemática segue no sentido não só de prestigiar a função essencial dos Tribunais, que é de julgar as questões de mérito devolvidas por meio de apelações, mas também de evidenciar a destinação de um instrumento processual, que é evitar a perda de um direito por ação do tempo.

Reforça, assim, o verdadeiro significado de lesão grave e de difícil reparação presente nas regras processuais, que exige uma situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada, e não simplesmente criada ou afirmada pela parte agravante.

Nesse sentido, preleciona o Ministro Teori Albino Zavascki: "O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito firmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado" (in *Antecipação da tutela*, 3ª edição, Saraiva, 1997, p. 77).

O dano ou o risco de lesão grave e de difícil reparação deve estar objetivamente qualificado no sentido da imprescindibilidade de revisão da decisão recorrida, sob pena de efetiva ineficácia do próprio provimento jurisdicional buscado. As alegações genéricas de perigo não possuem mais lugar na nova sistemática de processamento do agravo de instrumento.

Assim, a simples alegação de que deve ser garantida a observância aos princípios constitucionais da legalidade, supremacia do interesse público e livre concorrência não legitima a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento, diante da ausência de lesão grave e de difícil reparação à agravante.

Ante o exposto, **converto** o agravo de instrumento em agravo retido, com fulcro no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após, considerando que esta decisão não é passível de reforma (art. 527, parágrafo único, do CPC), determino a imediata baixa dos autos à Vara de origem para pensamento aos autos principais.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00061 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0069639-76.2006.4.03.0000/SP

2006.03.00.069639-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : ASEM NPBI PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
ADVOGADO : HELCIO HONDA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE ITAPECERICA DA SERRA SP
No. ORIG. : 98.00.00174-7 A Vr ITAPECERICA DA SERRA/SP

DECISÃO

Fls. 171/173: Indefiro o pedido da agravante de autorização para o levantamento do numerário existente na conta judicial n. 26.011803-9, para que possa transferir o depósito para CEF e, conseqüentemente, obter a certidão de regularidade fiscal.

Tal pleito não tem relação com a decisão objeto do agravo de instrumento *sub judice*, que diz respeito ao recebimento da apelação somente no efeito devolutivo e conversão do numerário em renda da União.

Outrossim, a decisão que concedeu a antecipação da tutela recursal determinou que os valores depositados em juízo não sejam convertidos em renda e permaneçam na conta em que se encontram, até o julgamento do presente recurso (fls. 152/154), ou seja, o objetivo principal é manter garantido o juízo, independentemente de se tratar de conta bancária específica ou depósito em conta única do tesouro.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00062 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016520-98.2009.4.03.0000/SP

2009.03.00.016520-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CELSO INACIO MARRON
ADVOGADO : DEBORA PEREIRA MENDES RODRIGUES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 92.00.43594-7 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a questão discutida no agravo de instrumento já foi superada, tendo sido proferida decisão reconsiderando a impugnada.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00063 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0003563-70.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.003563-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : CIA DE GAS DE SAO PAULO COMGAS
ADVOGADO : ARNOLDO WALD FILHO
AGRAVADO : Petroleo Brasileiro S/A - PETROBRAS
ADVOGADO : CARLOS DA SILVA FONTES FILHO
AGRAVADO : WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO LESSA SILVA
AGRAVADO : GNL GEMINI COMERCIALIZACAO E LOGISTICA DE GAS LTDA
ADVOGADO : CRISTINA DE ANDRADE CAVALCANTI
AGRAVADO : TRANSPORTADORA BRASILEIRA GASODUTO BOLIVIA BRASI S/A
ADVOGADO : BYRON MELLO ROSA
PARTE RE' : COMISSAO DE SERVICOS PUBLICOS DE ENERGIA CSPE
ADVOGADO : LUIZ ALBERTO RODRIGUES LANDINI
PARTE RE' : Agencia Nacional do Petroleo Gas Natural e Biocombustiveis ANP
PARTE AUTORA : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2005.61.00.029794-9 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CIA DE GAS DE SAO PAULO COMGAS em face de decisão que, em ação ordinária, deferiu parcialmente a tutela antecipada, para ordenar que a COMISSAO DE SERVICOS PUBLICOS DE ENERGIA - CSPE se abstenha da prática de qualquer ato ou da aplicação de qualquer medida administrativa ou penalidade, com referência às instalações de transporte da TBG e ao PROJETO GEMINI.

Decido.

Diante da recente alteração do Código de Processo Civil, veiculada pela Lei n. 11.187/2005, o relator sorteado, face à atual prescrição do artigo 527, deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas situações excepcionais ali previstas.

A atual sistemática segue no sentido não só de prestigiar a função essencial dos Tribunais, que é de julgar as questões de mérito devolvidas por meio de apelações, mas também de evidenciar a destinação de um instrumento processual, que é evitar a perda de um direito por ação do tempo.

Reforça, assim, o verdadeiro significado de lesão grave e de difícil reparação presente nas regras processuais, que exige uma situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada, e não simplesmente criada ou afirmada pela parte agravante.

Nesse sentido, preleciona o Ministro Teori Albino Zavascki: "O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito firmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado" (in Antecipação da tutela, 3ª edição, Saraiva, 1997, p. 77). O dano ou o risco de lesão grave e de difícil reparação deve estar objetivamente qualificado no sentido da imprescindibilidade de revisão da decisão recorrida, sob pena de efetiva ineficácia do próprio provimento jurisdicional buscado. As alegações genéricas de perigo não possuem mais lugar na nova sistemática de processamento do agravo de instrumento.

Assim, a simples alegação de que a tutela concedida poderá vulnerar o marco regulatório das concessões estaduais não legitima a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento, diante da ausência de lesão grave e de difícil reparação à agravante.

Verifica-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão da ação subjacente, em razão de decisão proferida na medida cautelar de reclamação n. 4210, o que com mais razão não permite a apreciação do presente recurso, ao menos neste momento processual.

Ante o exposto, **converto** o agravo de instrumento em agravo retido, com fulcro no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após, considerando que esta decisão não é passível de reforma (art. 527, parágrafo único, do CPC), determino a imediata baixa dos autos à Vara de origem para apensamento aos autos principais.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00064 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010646-98.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.010646-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : TIBERIO CONSTRUCOES E INCORPORACOES S/A
ADVOGADO : ADALBERTO CALIL e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00068079820104036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a ação ordinária já foi decidida, tendo sido proferida sentença, restando prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00065 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020550-45.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020550-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : CONSORCIO PAULISTA DE PAPEL E CELULOSE
ADVOGADO : TAKEO KONISHI e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional de Colonizacao e Reforma Agraria INCRA
ADVOGADO : PAULO SÉRGIO MIGUEZ URBANO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 00130592020104036100 8 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Conforme informa o MM. Juízo *a quo*, a ação mandamental já foi decidida, tendo sido proferida sentença, restando prejudicado o presente recurso.

Ante o exposto, **nego** seguimento ao agravo, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00066 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0009007-89.2003.4.03.0000/SP

2003.03.00.009007-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : ASCENCAO AMARELO MARTINS

ADVOGADO : MURILLO MATTOS FARIA NETTO

AGRAVADO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 2002.61.00.028173-4 10 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ASCENCAO AMARELO MARTINS, em face de decisão que, em ação ordinária, deferiu parcialmente a antecipação da tutela para determinar a indisponibilidade do bem imóvel de matrícula n. 43.265 do 15º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo.

Decido.

Diante da recente alteração do Código de Processo Civil, veiculada pela Lei n. 11.187/2005, o relator sorteado, face à atual prescrição do artigo 527, deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas situações excepcionais ali previstas.

A atual sistemática segue no sentido não só de prestigiar a função essencial dos Tribunais, que é de julgar as questões de mérito devolvidas por meio de apelações, mas também de evidenciar a destinação de um instrumento processual, que é evitar a perda de um direito por ação do tempo.

Reforça, assim, o verdadeiro significado de lesão grave e de difícil reparação presente nas regras processuais, que exige uma situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada, e não simplesmente criada ou afirmada pela parte agravante.

Nesse sentido, preleciona o Ministro Teori Albino Zavascki: "O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito firmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado" (in *Antecipação da tutela*, 3ª edição, Saraiva, 1997, p. 77).

O dano ou o risco de lesão grave e de difícil reparação deve estar objetivamente qualificado no sentido da imprescindibilidade de revisão da decisão recorrida, sob pena de efetiva ineficácia do próprio provimento jurisdicional buscado. As alegações genéricas de perigo não possuem mais lugar na nova sistemática de processamento do agravo de instrumento.

Assim, a simples alegação de que a liminar concedida afronta a ordem pública não legitima a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento, diante da ausência de lesão grave e de difícil reparação à agravante.

Ante o exposto, **converto** o agravo de instrumento em agravo retido, com fulcro no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após, considerando que esta decisão não é passível de reforma (art. 527, parágrafo único, do CPC), determino a imediata baixa dos autos à Vara de origem para apensamento aos autos principais.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00067 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035173-17.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035173-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : PSS ASSOCIACAO PHILIPS DE SEGURIDADE SOCIAL
ADVOGADO : DIMAS LAZARINI SILVEIRA COSTA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00536118220044036182 2F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal em face de decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de substituição parcial da penhora por constrição, no rosto dos autos da ação declaratória n. 94.0025944-1, do valor do precatório a ser pago em favor da ora agravada.

Alega a agravante, em síntese, que: a) em virtude do cancelamento da CDA n. 80.2.04.034323-22, a execução prosseguiu para a cobrança da CDA n. 80.7.04.011842-63, no valor de R\$ 26.741.315,23; b) a execução, em tese, encontra-se garantida por fundos de investimento em renda fixa, de propriedade da executada, administrados pelo Banco Bradesco e custodiados pelo Banco Itaú; c) de acordo com a ordem prevista na Lei de Execuções Fiscais, o dinheiro ocupa preferência, enquanto os bens ofertados pela executada estão em último lugar na referida gradação; d) a execução deve ser feita no interesse do credor, de modo que a regra de que esta deve ocorrer da forma menos gravosa para o devedor não pode elidir a satisfação do crédito tributário; e) após o advento da Lei n. 11.382/2006 a penhora de dinheiro pode se dar anteriormente à de qualquer outro bem, sem a necessidade do esgotar outros meios, sendo necessária a reforma da decisão agravada.

Requer a antecipação da tutela recursal, para que seja deferida a substituição da penhora pela constrição da quantia de R\$ 353.554,96, a ser recebida pela executada nos autos da ação ordinária n. 94.00259441-1, em trâmite perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Decido.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, não vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão parcial do efeito pleiteado, previstos no artigo 558 do CPC.

Com efeito, a substituição da penhora a requerimento da exequente é possível, de acordo com o inciso II do artigo 15 da Lei de Execuções Fiscais (nº 6.830/80), quando tal nomeação se revele de provável ineficácia, sendo prerrogativa da Fazenda Pública requerer a substituição do bem penhorado por outro que ofereça maior garantia ao Juízo.

Entretanto, no caso em exame, verifica-se que a constrição no rosto dos autos pretendida pela União consiste em mecanismo impróprio para pagamento de débitos, pois esses não guardam relação com os valores que se pretende levantar.

Tal procedimento, aliás, é vedado expressamente pelas Súmulas ns. 70, 323 e 547, do Supremo Tribunal Federal, as quais dizem respeito à impossibilidade de utilização de mecanismos coercitivos indiretos para a cobrança de tributos, por ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

Com efeito, o Fisco dispõe dos meios processuais adequados para a cobrança de seus créditos, sendo que a via da compensação tem procedimentos próprios, que devem ser aplicados em obediência aos princípios do devido processo legal e do contraditório, os quais restariam violados na hipótese de penhora dos valores em questão.

Outrossim, entendo que a situação dos autos se equipara à exigência contida no 19 da Lei 11.033/2004, que condicionava o levantamento de precatório à apresentação de certidões negativas de débitos. Tendo o STF julgado procedente a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.453 (j. 30/11/2006, DJ 16/3/2007), proposta pela OAB em face do referido dispositivo legal, não parece razoável obstar o levantamento dos valores já depositados em juízo.

Por fim, não logrou a exequente demonstrar a falta de liquidez dos bens penhorados (quotas do fundo de investimento - fundo Bradesco FI RF Plano B [46283], cujo valor bloqueado somava, abril de 2009, R\$ 35.314.629,27 - fls. 1456).

Ante o exposto, **indefiro** a tutela antecipada recursal postulada.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00068 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022371-26.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.022371-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

AGRAVANTE : BANCO FINANCIAL PORTUGUES em liq. judicial
ADVOGADO : ANGELA BEATRIZ PAES DE BARROS DI FRANCO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2005.61.82.027679-0 5F Vr SAO PAULO/SP

Decisão

Fls. 231: Tendo em vista a falta de interesse da agravante no prosseguimento do recurso, **nego seguimento** ao agravo inominado a fls. 209/212.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00069 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0120178-46.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.120178-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : COML/ AGRO PECUARITA LTDA
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE PORTO FERREIRA SP
No. ORIG. : 02.00.00000-8 2 Vr PORTO FERREIRA/SP

Decisão

Homologo, para que produza seus jurídicos e legais efeitos, a desistência manifestada pela agravante a fls. 111.

Publique-se. Intime-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00070 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0113254-19.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.113254-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : LEILA APARECIDA DE BARROS GARRIDO DE PAULA
ADVOGADO : AMADEU ROBERTO GARRIDO DE PAULA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2006.61.00.023419-1 14 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal em face de decisão que, em ação ordinária, deferiu a antecipação da tutela, determinando à ré que forneça à autora os medicamentos "*Insulina Lantus*" e "*Insulina Humalog*", na quantidade e na periodicidade indicadas nas receitas acostadas aos autos, durante o tempo necessário segundo critérios científicos.

Decido.

Diante da recente alteração do Código de Processo Civil, veiculada pela Lei n. 11.187/2005, o relator sorteado, face à atual prescrição do artigo 527, deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas situações excepcionais ali previstas.

A atual sistemática segue no sentido não só de prestigiar a função essencial dos Tribunais, que é de julgar as questões de mérito devolvidas por meio de apelações, mas também de evidenciar a destinação de um instrumento processual, que é evitar a perda de um direito por ação do tempo.

Reforça, assim, o verdadeiro significado de lesão grave e de difícil reparação presente nas regras processuais, que exige uma situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada, e não simplesmente criada ou afirmada pela parte agravante.

Nesse sentido, preleciona o Ministro Teori Albino Zavascki: "O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito firmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado" (in Antecipação da tutela, 3ª edição, Saraiva, 1997, p. 77).

O dano ou o risco de lesão grave e de difícil reparação deve estar objetivamente qualificado no sentido da imprescindibilidade de revisão da decisão recorrida, sob pena de efetiva ineficácia do próprio provimento jurisdicional buscado. As alegações genéricas de perigo ou as de ausência de perigo de dano à parte agravada não possuem mais lugar na nova sistemática de processamento do agravo de instrumento.

Assim, a simples alegação de que a decisão agravada acarretará lesão grave ao Erário não legitima a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento, diante da ausência de lesão grave e de difícil reparação à agravante.

O reconhecimento para gozo imediato do direito invocado pela parte agravada não configura um dano irreparável, evidentemente qualificado, à recorrente, nos termos acima expostos, a qual pode aguardar a apreciação pela Turma da presente impugnação juntamente com o recurso principal.

Ante o exposto, **converto** o agravo de instrumento em agravo retido, com fulcro no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após, considerando que esta decisão não é passível de reforma (art. 527, parágrafo único, do CPC), determino a imediata baixa dos autos à Vara de origem para pensamento aos autos principais.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00071 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0070602-89.2003.4.03.0000/SP
2003.03.00.070602-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE HELIO MARINS GALVAO NUNES
AGRAVADO : TRANSPORTADORA VERDE MAR SJ CAMPOS LTDA
ADVOGADO : VAGNER PEDROSO CAOVILA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 2003.61.03.007460-7 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

Decisão

Fls 96/97: Reconsidero a decisão de fls. 92. Verifico que a Caixa Econômica Federal foi intimada do r. decisum agravado em 18 de dezembro de 2003, data da juntada da carta precatória, e que o agravo de instrumento foi protocolado em 6 de novembro do mesmo ano, ou seja, dentro do prazo estabelecido no art. 522, c/c o art. 188, ambos do Código de Processo Civil.

Passo ao exame.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Caixa Economica Federal - CEF em face de decisão que, em ação cautelar, concedeu parcialmente a liminar para determinar à requerida que proceda à retirada do nome da requerente do cadastro de inadimplentes, em razão da dívida discutida nos autos.

Diante da recente alteração do Código de Processo Civil, veiculada pela Lei n. 11.187/2005, o relator sorteado, face à atual prescrição do artigo 527, deverá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo nas situações excepcionais ali previstas.

A atual sistemática segue no sentido não só de prestigiar a função essencial dos Tribunais, que é de julgar as questões de mérito devolvidas por meio de apelações, mas também de evidenciar a destinação de um instrumento processual, que é evitar a perda de um direito por ação do tempo.

Reforça, assim, o verdadeiro significado de lesão grave e de difícil reparação presente nas regras processuais, que exige uma situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada, e não simplesmente criada ou afirmada pela parte agravante.

Nesse sentido, preleciona o Ministro Teori Albino Zavascki: "O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito

firmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado" (in Antecipação da tutela, 3ª edição, Saraiva, 1997, p. 77). O dano ou o risco de lesão grave e de difícil reparação deve estar objetivamente qualificado no sentido da imprescindibilidade de revisão da decisão recorrida, sob pena de efetiva ineficácia do próprio provimento jurisdicional buscado. As alegações genéricas de perigo não possuem mais lugar na nova sistemática de processamento do agravo de instrumento.

No caso dos autos, verifica-se que a agravante sequer trouxe fundamentos da lesão grave e de difícil reparação que a não concessão da liminar poder-lhe-ia ocasionar, o que, com mais razão, não legitima a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento.

O reconhecimento para gozo imediato do direito invocado pela parte agravada não configura um dano irreparável, evidentemente qualificado, à recorrente, nos termos acima expostos, a qual pode aguardar a apreciação pela Turma da presente impugnação juntamente com o recurso principal.

Ante o exposto, **converto** o agravo de instrumento em agravo retido, com fulcro no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após, considerando que esta decisão não é passível de reforma (art. 527, parágrafo único, do CPC), determino a imediata baixa dos autos à Vara de origem para apensamento aos autos principais.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00072 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0004412-37.2009.4.03.0000/SP

2009.03.00.004412-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : AVANCO S/A IND/ E COM/ DE MAQUINAS
ADVOGADO : JANDIR JOSE DALLE LUCCA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2004.61.82.054003-7 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento em que se visa à modificação de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição, adversa à agravante.

Segundo informação do MM. Juízo *a quo*, foi proferida sentença nos autos da execução fiscal, declarando extinto o processo nos termos do artigo 26 da Lei nº 6.830/80.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, o que faço com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00073 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031512-30.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.031512-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : AUTO POSTO PORTAL DE SANTANA LTDA
ADVOGADO : RICARDO ALEXANDRE HIDALGO PACE
AGRAVADO : POSTO AEROPORTO DE CUMBICA LTDA
ADVOGADO : LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL e outro
AGRAVADO : Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuaria INFRAERO
ADVOGADO : CELIA REGINA ALVARES AFFONSO DE LUCENA SOARES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE GUARULHOS > 19 SSP > SP

No. ORIG. : 00046189020104036119 5 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que recebeu apelação em ambos os efeitos. Conforme petição da agravante, acostada às fls. 1627/1629, houve reconsideração do MM Juízo de origem, recebendo a apelação somente no efeito devolutivo.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intime-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00074 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030995-25.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.030995-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR

AGRAVANTE : HOSPITAL E MATERNIDADE SAO JOAQUIM LTDA

ADVOGADO : MARLO RUSSO e outro

AGRAVADO : Agencia Nacional de Saude Suplementar ANS

ADVOGADO : ELIANA GONCALVES SILVEIRA e outro

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE FRANCA Sec Jud SP

No. ORIG. : 00003850520094036113 2 Vr FRANCA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou a conversão em renda de depósito judicial.

Deferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 39/40).

Entretanto, conforme ofício acostado às fls. 41/44, o MM Juízo de origem reconsiderou a decisão agravada, determinando que a conversão em renda do valor depositado deverá aguardar o trânsito em julgado dos embargos opostos.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00075 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034025-68.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034025-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR

AGRAVANTE : ALIANCA METALURGICA S/A

ADVOGADO : MARCELO DE ALMEIDA TEIXEIRA e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 00473759019994036182 2F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que designou data para os leilões, em sede de execução fiscal.

Conforme ofício acostado às fls. 235/241, o MM Juízo de origem reconsiderou a decisão agravada.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00076 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010840-35.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.010840-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : GUILHERME SABINO DE GODOY FILHO
ADVOGADO : LEANDRO AUGUSTO CONFORTI DE OLIVEIRA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : MANOEL AFONSO GIL DA SILVA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE TAQUARITUBA SP
No. ORIG. : 08.00.00121-5 1 Vr TAQUARITUBA/SP

Decisão

Trata-se de agravo legal interposto em face de provimento ao agravo de instrumento tirado de decisão que indeferiu liminar, em sede de embargos de terceiro.

Conforme consulta ao sistema processual informatizado, houve prolação da sentença, contra qual foi interposta apelação, recebida somente no efeito devolutivo (AI 0033776-20.2010.403.00000).

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo legal, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil. Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00077 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024996-91.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.024996-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : ADAO PEREIRA DE SOUZA
ADVOGADO : MARCO AURELIO OLIVEIRA PINHEIRO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00053492220104036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu pedido liminar, em mandado de segurança. Conforme ofício acostado às fls. 58/63, houve reconsideração da decisão recorrida, em sede juízo de retratação, pelo MM Juízo de origem.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intime-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00078 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022619-21.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.022619-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : TECNOCAP DISTRIBUIDORA DE ASFALTOS LTDA

ADVOGADO : ROBERTO GENTIL NOGUEIRA LEITE JUNIOR
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSJ>SP
No. ORIG. : 2006.61.14.003255-4 2 Vr SANTO ANDRE/SP

Renúncia

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão adversa à agravante.

À fl. 70, a recorrente peticiona, requerendo a desistência da defesa, bem como renuncia a qualquer alegação de direito sobre qual se funda a ação, com escopo de aderir ao parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009.

Ante o exposto, **homologo** a desistência e renúncia requeridas e **nego seguimento** ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00079 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019784-89.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.019784-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : ARTHUR LUNDGREN TECIDOS S/A CASAS PERNAMBUCANAS
ADVOGADO : ACHILES AUGUSTUS CAVALLO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 23 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00038104520104036100 23 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu pedido liminar, em sede de mandado de segurança.

Conforme consulta junto ao sistema processual informatizado, houve prolação de sentença.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intime-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00080 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019863-05.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.019863-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : Conselho Regional de Corretores de Imoveis da 2 Regiao em Sao Paulo CRECI/SP
ADVOGADO : APARECIDA ALICE LEMOS
AGRAVADO : WAGNER LUIZ BURIOLA
ADVOGADO : MARCIO GOULART DA SILVA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 2006.61.06.010254-0 6 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que acolheu em parte a exceção de pré-executividade apresentada em sede de execução fiscal.

Conforme ofício acostado às fls. 94/97, foi proferida sentença, julgando extinta a execução fiscal, nos termos do art. 794, I, CPC.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intime-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00081 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032827-93.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032827-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : ERIVELTO BUENO
ADVOGADO : JOSE ANTONIO LOMONACO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00042764920004036113 3 Vr FRANCA/SP

DESPACHO

Em que pese a previsão legal da Lei nº 11.419/2006, quanto à transmissão de peças processuais por meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais (art. 1º), as informações apresentadas não dispõem da certificação necessária, conforme estabelecido no art. 2º da mesma norma legal, através do credenciamento prévio no Poder Judiciário.

Ante o exposto, excepcionalmente, intime-se o agravante para que junte aos autos as peças obrigatórias para interposição do agravo de instrumento, nos termos do art. 525, CPC, bem como as peças facultativas, que entender úteis para compreensão da questão.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00082 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0071454-45.2005.4.03.0000/SP

2005.03.00.071454-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : SAGA LIBERO DI FUNDO DE INVESTIMENTO FINANCEIRO
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO
: BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR
PARTE RE' : QUARTZO INSTITUCIONAL FUNDO DE INVESTIMENTO FINANCEIRO
ADVOGADO : FERNANDO OLAVO SADDI CASTRO
REPRESENTANTE : BANCO ITAU S/A
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2004.61.82.053723-3 12F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 83/84: antes da apreciação do agravo inominado, intime-se a agravante para que se manifeste acerca do interesse no julgamento do recurso, tendo em vista o provimento do Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.000627-0, no qual restou decidido: *rejeito a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em função da mera apresentação de pedido de revisão de débitos. Ocorre que, não estando a exigibilidade do crédito suspensa, não há como ser a agravada excluída dos registros do CADIN. Prejudicada a análise sobre o artigo 40 da LEF, uma vez que não há qualquer hipótese de suspensão do crédito tributário.*

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00083 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0037924-16.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.037924-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : MAGNUM DIESEL LTDA
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 2005.61.02.005708-7 9 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

Renúncia

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que julgou improcedente exceção de pré-executividade, oferecida em sede de execução fiscal de crédito tributário relativo a COFINS.

Negou-se seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

A agravante interpôs agravo legal.

Às fls. 308, a recorrente requereu a desistência do recurso, para fins de parcelamento, nos termos da Lei nº 11.941/09, renunciando ao direito que se funda a ação.

Ante o exposto, **homologo** a desistência e renúncia requeridas e **nego seguimento** ao agravo inominado, eis que prejudicado, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00084 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043215-89.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.043215-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
AGRAVANTE : ADRIANO MENDES FERREIRA
ADVOGADO : JIULIAN CESAR BELARMINO PANDOLFI
AGRAVADO : ARGEM ARMAZENS GERAIS MOGIANA LTDA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ITUVERAVA SP
No. ORIG. : 99.00.00018-6 1 Vr ITUVERAVA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADRIANO MENDES FERREIRA em face de decisão que, nos autos de execução fiscal, indeferiu o pedido de habilitação de crédito de contrato de honorários advocatícios por valor certo, reconhecido pela Justiça do Trabalho.

Sustenta o agravante, em síntese, que: a) teve julgada procedente reclamação trabalhista ajuizada contra a empresa executada, a qual foi condenada a pagar a quantia de R\$ 128.931,00, corrigido desde 30/6/1998 e acrescido de juros legais a partir de 23/11/2002; b) em razão do não pagamento do crédito pela empresa, requereu, perante a Justiça do Trabalho, a penhora do produto da arrematação ocorrida na execução fiscal originária, sendo expedida certidão para habilitação deste crédito no processo executivo; c) o art. 711 do CPC não exige a efetivação de penhora sobre o mesmo bem para que se configure concurso de credores; d) a arrematação do imóvel penhorado não faz desaparecer a penhora, a qual recai sobre o valor desta e persiste até o efetivo levantamento; e) é possível a formação de concurso de credores após a arrematação; f) o pedido de habilitação foi precedido de bloqueio oriundo da Justiça do Trabalho; g) a natureza alimentar de seu crédito sobrepuja a questão da anterioridade da penhora; h) deve ser reconhecida a habilitação do crédito trabalhista, condicionando-se o levantamento do dinheiro à conversão do bloqueio em penhora pela justiça trabalhista; i) é incabível a condenação em honorários advocatícios porque, em última análise, o juiz de primeiro grau não apreciou o pedido de preferência de crédito formulado pelo agravante; j) os honorários advocatícios fixados não obedecem o disposto no art. 20, § 4º do CPC, devendo ser reduzidos.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, para que o produto da arrematação efetivada nos autos da execução fiscal n. 186/99, em curso perante a 1ª Vara Cível de Ituverava, até o limite de seu crédito, permaneça bloqueado até o julgamento definitivo do agravo.

Aprecio.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, vislumbro a presença dos requisitos para a concessão do efeito postulado, previstos no art. 558 do CPC.

Inicialmente, conforme entendimento que tenho adotado nos casos que envolvem levantamento ou conversão em renda de depósitos judicialmente realizados, admito presente a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação se mantida a decisão guerreada.

Isso porque, uma vez realizado o levantamento do valor obtido com a arrecadação do imóvel penhorado na execução fiscal indicada, o próprio pleito de preferência de crédito formulado pelo agravante restaria prejudicado.

Ademais, em exame preambular, entendo que há relevância na fundamentação do direito alegado, já que seu crédito foi reconhecido pela Justiça do Trabalho, a qual determinou o bloqueio do valor a ele relativo (R\$ 301.461,87 - fls. 12), bem como expediu certidão para habilitação no processo de execução fiscal (fls. 30/31).

Consta na referida certidão que os reclamados, dentre eles a empresa executada, foram regularmente citados para pagar as quantias referentes ao crédito do recorrente ou garantir a execução, mas deixaram transcorrer *in albis* o prazo assinalado (fls. 31).

Sendo assim, aparentemente, o agravante requereu, perante o Juízo trabalhista, a execução de seu crédito, sendo que este Juízo decidiu que caberia ao credor solicitar, junto ao Juízo pelo qual tramita a execução fiscal, a preferência de seu crédito, determinando, por cautela o bloqueio, nos autos da execução fiscal originária, do valor atualizado do crédito do agravante (fls. 12).

É cediço que, nos termos do art. 186 do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

Sobre esta preferência, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento que não se limita ao concurso universal de credores, em razão de insolvência civil ou falência, aplicando-se, da mesma forma, aos casos de execução contra devedor solvente, hipótese na qual aparentemente se enquadra o caso em análise.

Neste sentido, o seguinte precedente daquela Corte Superior: REsp 871190/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 7/10/2008, DJe 3/11/2008.

Ante o exposto, **defiro** o efeito suspensivo pleiteado, para que permaneça bloqueada parte do produto da arrematação, no valor correspondente ao do crédito do agravante, até o julgamento final do recurso pela Turma.

Solicitem-se informações ao MM. Juiz *a quo* sobre o processo de origem, especialmente quanto à data da arrematação do bem penhorado e à existência de penhora no rosto dos autos por ordem do Juízo trabalhista.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00085 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026686-58.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.026686-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : GIUSTI E CIA LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE CALAFIORI DE NATAL e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00147553920104036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Antes da aplicação do juízo de admissibilidade do presente agravo de instrumento, intime-se a agravante para que junte aos autos cópia das fls. 128/136 dos autos originários.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00086 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0098893-60.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.098893-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : ALCIDES ANTONIO PIOTO
ADVOGADO : LUIZ ROBERTO DA SILVA
AGRAVADO : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP

ADVOGADO : PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO
PARTE RE' : DROG ACACIA LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 94.05.16862-2 4F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 81/82: inexistente erro material a ser sanado, verificando somente mero inconformismo da parte.

Tendo em vista o esgotamento da jurisdição desta Corte, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00087 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0038600-90.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.038600-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : GILBERTO CIPULLO
ADVOGADO : MARIA ANDREIA FERREIRA DOS SANTOS SANTOS
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE AUTORA : HOLCIM BRASIL S/A
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00.07.60086-0 8 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Antes da apreciação acerca do requerimento de desistência do agravo de instrumento, regularize o agravante sua representação processual, inclusive quanto aos poderes referentes ao pedido.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00088 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0064285-36.2007.4.03.0000/SP
2007.03.00.064285-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : NUCLEO DE INFORMACAO E COORDENACAO DO PONTO BR NIC BR
ADVOGADO : KELLI PRISCILA ANGELINI
AGRAVADO : Ministerio Publico Federal
PROCURADOR : EUGENIA AUGUSTA GONZAGA FAVERO
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : ALDREN DE OLIVEIRA MORAES
ADVOGADO : VALTER FELISMINO DA SILVA
AGRAVADO : ASSOCIACAO DE BRASILEIROS CATOLICOS CONSERVADORES
PARTE RE' : FUNDACAO DE AMPARO A PESQUISA DO ESTADO DE SAO PAULO FAPESP
ADVOGADO : MARCO AURÉLIO BARBOSA CATALANO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 2002.61.00.027711-1 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu a substituição do polo passivo da ação civil pública.

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

A agravante apresentou contraminuta e o Ministério Público Federal ofereceu contraminuta.

Conforme ofício acostado às fls. 164/178, a ação civil pública foi extinta, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC, em decorrência da falta de interesse de agir.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Juiz Federal Convocado

00089 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035730-04.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035730-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : SERGIO LUIZ DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ELIDINEI CELSO MICHELETTO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00412159720094036182 7F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

É juridicamente relevante, além de urgente, a antecipação de tutela recursal, nos autos, vez que firme a jurisprudência no sentido de que a penhora eletrônica de valores pelo sistema BACENJUD não exige o prévio esgotamento de diligências para a localização de outros bens, a partir da vigência da Lei 11.038, em 20/01/2007, dada a prevalência do dinheiro na preferência legal, em consonância com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, desta Turma e Corte (AGA 1.168.198, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 02/06/2010; AI 2009.03.00009515-2, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 24/05/2010; e AI 2010.03.00009525-7, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJF3 09/09/2010).

Ante o exposto, antecipo os efeitos da tutela recursal, reformando a decisão agravada para deferir o bloqueio eletrônico de valores (BACENJUD), nos termos dos artigos 655 e 655-A do Código de Processo Civil, e suspender o sobrestamento e arquivamento do feito até a solução de tal diligência.

Intime-se os agravados para contraminuta, após conclusos.

Publique-se e oficie-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00090 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0082666-63.2005.4.03.0000/SP

2005.03.00.082666-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : MAURANO E MAURANO LTDA
ADVOGADO : FLAVIA MARIA DE MORAIS GERAIGIRE CLAPIS
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2004.61.82.044920-4 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão adversa à agravante.

Conforme consulta junto ao sistema processual informatizado, verificou-se a extinção das inscrições nº 80.2.04.012262-70, 80.2.04.012263-50, 80.3.04.000534-33, 80.6.04.012787-75, 80.6.04.012788-56,.

Instada, a recorrente, à fl. 383, se manifestou no sentido de que não remanesce interesse no julgamento do agravo de instrumento.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00091 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0047679-93.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.047679-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : PIRELLI PNEUS S/A
ADVOGADO : ALCIDES JORGE COSTA e outro
SUCEDIDO : PIRELLI COMPONENTES INDUSTRIAIS LTDA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2004.61.82.053412-8 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida em sede de execução fiscal, não suspendendo a exigibilidade do crédito tributário.

Deu-provimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, do Código de Processo Civil.

A agravada interpôs agravo inominado.

Conforme ofício acostado às fls. 508/511, a execução fiscal foi extinta, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.630/80.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao agravo inominado, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Intimem-se.

Após, arquivem-se os autos.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00092 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030571-80.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.030571-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
AGRAVANTE : ANQUISES SERVICOS E INVESTIMENTOS LTDA
ADVOGADO : LUANA ANTUNES PEREIRA e outro
AGRAVADO : RENATO DE ASSIS CARVALHO incapaz
ADVOGADO : NEWTON RUSSO e outro
REPRESENTANTE : MARIA JOSE REZENDE CARVALHO
ADVOGADO : NEWTON RUSSO e outro
PARTE RE' : HOSPITAL SANTA MARTA
ADVOGADO : ARMANDO RIBEIRO GONCALVES JUNIOR e outro
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 05539758419834036100 7 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou à parte ré, ora agravante, a realização do pagamento, em 15 (quinze) dias, do valor pleiteado pela autora, corrigido monetariamente e acrescido da multa de 10% , prevista no art. 475-J, CPC, sob pena de execução forçada, em sede de ação ordinária.

Alega a agravante a duplicidade da cobrança, pelo agravado, posto que já pagos os valores devidos.

Esclarece que se trata de três requeridos, dos quais a recorrente responde por dois. Narra que, em sede de ação de conhecimento, foi condenada ao pagamento de indenização ao recorrido RENATO DE ASSIS CARVALHO, correspondente ao dobro da quantia correspondente aos gastos com seu tratamento médico até a propositura da ação,

pensão mensal e vitalícia de cinco salários mínimos. Prosseguiu-se a discussão com a oposição dos competentes embargos à execução.

Posteriormente, concordaram as partes quanto aos valores devidos, exceto quanto à pensão mensal e vitalícia posteriores à data do acordo, sendo que a agravante pagou ao agravado a importância de R\$ 460.000,00 em 20 parcelas mensais. Não obstante homologado, o acordo restou anulado, porquanto vislumbrou o Ministério Público Federal prejuízo ao autor.

Argumenta a recorrente que, em que pese a anulação do acordo, houve decisão, nos autos dos embargos à execução, reconhecendo que os valores depositados na conta do patrono do recorrido, tanto referente ao acordo anulado (R\$ 460.000,00), quanto outros depósitos (R\$ 12.506,00 em junho/2004 e R\$ 12.449,51, em julho/2005), satisfizeram integralmente as obrigações. Os embargos foram julgados procedentes, nos termos do art. 269, I, CPC, e extinta a execução, em decorrência do pagamento. Alega que não houve interposição de qualquer recurso e, assim, levantada a quantia, em 2007.

Todavia, em 27/7/2009, o autor peticionou ao juízo, informando o não pagamento da pensão mensal do referido mês e, em 22/2/2010, peticiona, formulando pedido de pagamento da indenização, computando também honorários advocatícios, porquanto até aquela data somente as obrigações referentes às pensões mensais estavam quitadas. Em 26/4/2010, o autor formula novos cálculos, com juros compensatórios simples no percentual de 0,5% a partir de 1/8/1999 até março/2010 e juros moratórios compostos de 1% no mesmo período, frisando que anteriormente não os havia computado.

Aduz que não observado o trânsito em julgado da decisão proferida em sede de embargos à execução, revestida, portanto, com o manto da imutabilidade, garantida constitucionalmente (art. 5º, XXXVI).

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo e, no fim, o provimento do agravo para anular a decisão agravada para que não se pleiteie mais valores a título de indenizações e quaisquer outros, que não sejam referentes às pensões mensais vitalícias. Caso não seja esse o entendimento desta Corte, requer a "reforma da sentença a fim de que o Juízo *a quo* proceda, por perícia técnica, novos cálculos considerando os percentuais corretos e todos os valores devidamente pagos pela agravada".

Decido.

Não presencio o requisito da relevância da fundamentação, de sorte que não merece acolhida o pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada.

Com efeito, a r. sentença proferida nos autos dos embargos à execução do julgado **não** reconheceu a extinção de todas as obrigações da Agravante em face do Agravado, decorrentes do r. *decisum* proferido na ação de conhecimento e que condenou os réus no pagamento da quantia gasta com o tratamento médico do autor, no pagamento de pensão mensal vitalícia e em indenização no valor total de CR\$ 15.000,00 (quinze milhões de cruzeiros).

A r. decisão retratada às fls. 100/104 é bastante clara ao submeter os autos originários ao Contador Judicial a fim de verificar os cálculos de fls. 141/144 da Carta de Sentença, "os quais, frise-se, incluem pensão vitalícia devida no período de 12/76 a 02/97, custas e honorários advocatícios...".

Emerge dos autos, neste exame de sumária cognição que, uma vez anulado o acordo judicial, fora determinada a citação dos réus para cumprimento da obrigação de fazer nos termos do artigo 632, do CPC.

Decerto, trata-se da obrigação de fazer consistente no pagamento da pensão mensal e vitalícia. Assim, os cálculos que embasavam a execução do julgado compreendiam, em relação a *res iudicata*, apenas a pensão, e não o valor da indenização.

Neste passo, sobreleva notar que o Ministério Público Federal manifestou-se quanto aos cálculos atinentes ao "valor das diferenças devidas" e "em relação ao valor das pensões mensais devidas pelos réus no período de janeiro de 2000 a abril de 2001" (fls. 79), corroborando o entendimento de que a r. sentença prolatada decidiu os embargos à execução nos limites dos cálculos e no que tangia exclusivamente ao valor da pensão mensal vitalícia, e não quanto a indenização.

De fato, a r. sentença dos embargos exhibe clareza meridiana ao afirmar, na parte reservada à fundamentação, que, *verbis*, "A sentença transitada em julgado condenou cada embargante a pagar ao autor, ora embargado, uma pensão mensal e vitalícia...Considerando que a partir de maio de 2001, as embargantes iniciaram o pagamento mensal da pensão, os atrasados resumiam-se ao período compreendido entre dezembro de 1976 e abril de 2001..." (fls. 107).

Por conseguinte, **a lide dos embargos à execução não contemplou o valor da indenização arbitrado pela r.**

sentença exarada na fase de conhecimento, os cálculos que deram ensejo à execução não continham o valor da indenização, razão pela qual, aliás, o MM. Juízo sentenciante somente se referiu à pensão mensal vitalícia.

Dessarte, os documentos carreados pela Agravante indicam que a r. sentença proferida nos embargos à execução não teve o condão de extinguir e, assim, satisfazer a totalidade das verbas inscritas no título executivo judicial, remanescendo, ao que se vê, o valor relativo a indenização.

Isto posto, **indefiro** o pedido de suspensão da r. decisão agravada.

Intime-se o agravado para contraminuta no prazo legal.

Após, ao MPF.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR

Expediente Nro 7331/2010

00001 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035563-84.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035563-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira INEP
ADVOGADO : LEILA KARINA ARAKAKI
AGRAVADO : THATIANA DE OLIVEIRA CORREA
ADVOGADO : BENEDITA APARECIDA CORREA DO NASCIMENTO e outro
PARTE RE' : UNIVERSIDADE DO VALE DO PARAIBA UNIVAP
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00079484620104036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra concessão de liminar, em mandado de segurança, *"para determinar a inclusão do nome da impetrante na lista do ENADE, assegurando-lhe o direito de participar da prova prevista para o próximo dia 21 de novembro de 2010"*.

DECIDO.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, *"salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação"* (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de *"inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida"* (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de *"periculum in mora"*, apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato do direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao *"fumus boni iuris"*, legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância *"a quo"*.

De fato, inexistente requisito legal para processamento do recurso, vez que nenhum prejuízo, concreto e real, suporta a agravante com a liminar que foi concedida, a qual, ao contrário, buscou preservar situação jurídica contra os riscos de irreversibilidade, que certamente haveria se fosse mantida a exclusão da agravada da prova e, ao final, fosse concedida a ordem. A liminar de autorização para participação na prova, que já se realizou, teve natureza assecuratória, e não produz situação jurídica lesiva e grave que justifique o processamento do recurso, podendo a agravante aguardar a revisão da decisão, a tempo e modo próprio, nos autos principais.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00002 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035077-02.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035077-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ISOLUCKS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : CELIA RODRIGUES DE VASCONCELOS e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00083026820104036104 2 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, objetivando determinar à "autoridade impetrada o processamento final, e término, do procedimento de exame documental relativo à declaração de importação nº 10/1566220-1, com o desembaraço aduaneiro do produto importado".

Alegou, em suma, que: (1) a mercadoria importada "*dióxido de titânio tipo rutila*", em face de sua natureza e classificação tarifária enquadra-se no regime de "*licenciamento não automático*", pelo que foi submetida a exame prévio, pelo DECEX - Departamento de Comércio Exterior, anteriormente ao seu embarque ao Brasil, sendo-lhe concedida a licença de importação nº 10/1496076-7, pela SECEX - Secretaria de Comércio Exterior, que segundo a jurisprudência possui, entre outros, competência para aprovar ou recusar preços da importação; (2) a licença aprovou, inclusive, o preço de importação declarado, gerando conflito de competência o fato de a autoridade impetrada "*revalorar*" o produto, devidamente licenciado, quanto ao preço de importação; (3) o produto, levado a despacho aduaneiro em 09.09.10, foi "*parametrizado para o Canal Cinza*", ou seja foi determinado o exame documental e físico da importação, concluindo-se que, conforme informações prestadas, inexistiu irregularidade na importação ou quanto à personalidade jurídica do importador, havendo, apenas, discordância quanto ao preço declarado pelo importador; (4) a retenção do produto, por ser indispensável às atividades da empresa, enquanto matéria-prima para a produção de tintas, acarreta enormes prejuízos, com risco de paralisação de atividades; (5) a retenção de produto legalmente importado, com fundamento em ato normativo (IN 206) faz com que o emprego desta extrapole o conteúdo do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/09) que não prevê determinação de retenção de bens, além do que, a retenção de matéria-prima indispensável ao desempenho das atividades de uma indústria se traduz em flagrante ofensa à Súmula 323 do STF e à jurisprudência dos Tribunais Superiores; e (6) em seu parecer, a agravada concordou com a liberação da mercadoria, desde que efetuado depósito judicial de possível crédito tributário, sendo que a agravante se dispõe a complementar o recolhimento do PIS e da COFINS, eis que o II e o IPI não incidem sobre a importação em questão. DECIDO.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "*salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "*inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida*" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de "*periculum in mora*", apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato o direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao "*fumus boni iuris*", legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito

e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância "a quo".

De fato, além da percepção inicial de que a atribuição legal própria da Alfândega para a valoração aduaneira da importação não pode ser prejudicada pela atuação, específica e diversa, do órgão de controle do comércio exterior, o que se tem, de concreto, a demonstrar a falta de risco de dano irreparável ou de difícil e incerta reparação é que a diferença de impostos aduaneiros, por força da valoração, pode e deve ser depositada em Juízo pelo contribuinte para suspender a exigibilidade fiscal e, assim, garantir a retomada do procedimento de internação da importação, não havendo, portanto, que se valer de liminar para a liberação de importação sem a devida garantia, na pendência da controvérsia fática e jurídica acerca do valor correto dos bens importados.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035375-91.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035375-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : FNC COM/ E PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 1999.61.82.048146-1 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em embargos à execução fiscal, recebeu a apelação, interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido, no efeito meramente devolutivo.

Alegou a agravante, em suma: (1) que a execução fiscal foi garantida por carta de fiança, pelo que a apelação deve ser recebida no efeito suspensivo, nos termos do §2º do artigo 32 da LEF, que determina que o depósito somente será devolvido ao depositante ou à Fazenda Pública, após o trânsito em julgado da decisão; (2) em casos que tais, nos quais há apelação pendente de julgamento interposto contra sentença de improcedência proferida em embargos à execução, **recebidos com efeito suspensivo**, será provisória a execução, sob pena de ofensa ao artigo 587 do CPC, do que se extrai que quando os embargos do devedor forem recebidos no efeito suspensivo, o recurso de apelação também será assim automaticamente recebido, sem necessidade de comprovação dos requisitos do artigo 558 do CPC; e (3) todavia, no caso concreto, foram preenchidos os requisitos do artigo 558 do CPC, na medida em que a relevância da fundamentação é patente, pois a matéria discutida na apelação está firmada através de amplo entendimento jurisprudencial acerca da matéria, e por outro lado, a ameaça de lesão irreparável é evidente, pois caso seja mantida a decisão agravada, será determinado o prosseguimento da execução fiscal, liquidando-se a carta de fiança, fato que representará grave lesão patrimonial à agravante.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não tem efeito suspensivo, salvo em situações extremas e excepcionais, a apelação interposta contra sentença de rejeição liminar ou de improcedência total ou parcial de embargos à execução, fundada em título extrajudicial, pois definitiva a sua execução, nos termos do artigo 587 do Código de Processo Civil.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

- EDcl no REsp nº 996.330, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 24.03.09: "**PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA EXECUTADA. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. ART. 520, V, DO CPC. APLICAÇÃO. 1. Os Embargos de Declaração não são instrumento para rediscussão do mérito da decisão impugnada. 2. Aclaratórios recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal. 3. Hipótese em que os Embargos à Execução foram julgados parcialmente procedentes. A apelação interposta pelo executado refere-se, evidentemente, à parcela de improcedência. Aplica-se, portanto, o disposto no art. 520, V, do CPC, e o apelo é recebido apenas no efeito devolutivo. 4. A Execução relativa à parcela do título extrajudicial não afastada pela sentença dos Embargos prossegue como definitiva, nos termos da Súmula 317/STJ. 5. Agravo Regimental não provido."**

- RESP nº 840.638, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 07.02.08, p. 1: "**RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO PENDENTE. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que é definitiva a execução advinda de título executivo extrajudicial, ainda que esteja pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Isso, porque, em conformidade com o disposto no art. 587 do Código de Processo Civil, a execução fundada em título extrajudicial tem natureza definitiva, mesmo quando não transitada em julgado a decisão que rejeita os embargos do devedor, na medida em que a apelação eventualmente interposta, em regra, não tem efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC). 2. "O título base é que confere definitividade à execução. Assim, se a execução inicia-se com fulcro em título executivo extrajudicial e os embargos oferecidos são julgados improcedentes, havendo interposição pelo executado de apelação sem efeito suspensivo, prossegue-se, na execução, tal como ela era; vale dizer: definitiva, posto fundada em título extrajudicial. Ademais, neste caso, não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor" (AgRg nos EREsp 582.079/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.5.2006). 3. Tendo em vista a uniformização do referido entendimento nesta Corte de Justiça, foi editada a Súmula 317/STJ: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos." 4. Recurso especial provido."**

- AG nº 2006.03.00020718-4, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 16.04.08, p. 629: "**PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO NO DUPLO EFEITO. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I - Nos termos do art. 520, inciso V, do CPC, a apelação será recebida somente em seu efeito devolutivo quando interposta de decisão monocrática que rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes, interpretação que, entendendo, deva ser literal, já que na hipótese parece configurar-se que a intenção do legislador foi a de atribuir a princípio o efeito devolutivo e suspensivo a todas as apelações, passando, em seguida, a enumerar as hipóteses de recebimento do recurso tão-somente no efeito devolutivo, de forma taxativa, nos incisos I a VII do citado artigo. II - É certo que seria possível admitir o cabimento do efeito suspensivo em casos excepcionais, nos quais fosse plausível a possibilidade de reforma da sentença recorrida e factível o receio de inocuidade da tardia tutela recursal. Não é o que ocorre no caso dos autos, contudo, onde não restou demonstrada a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação que possa decorrer do recebimento do apelo em um único efeito. III - Agravo de instrumento improvido."**

Consolidando a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 317, segundo a qual: "**É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos**".

Tal conclusão encontra-se reforçada, na atualidade, com a edição da Lei nº 11.382/06, que incluiu ao Código de Processo Civil o artigo 739-A, prevendo que "**Os embargos do executado não terão efeito suspensivo**", estando consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que tal preceito tem aplicabilidade nas execuções fiscais (v.g.: AGRMC nº 13.249, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 25.10.07; e AG nº 2007.03.00.088562-2, Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 08.07.08).

Certo, pois, que o efeito suspensivo aos próprios embargos do devedor ou à apelação não é possível, salvo em situações excepcionais, de que não se cogita no caso concreto, mesmo porque, acerca da relevância do pedido de reforma, à luz da discussão jurídica travada, o que existe são tão-somente razões genéricas, que sequer descrevem e tampouco demonstram o que se discutiu nos embargos, na impugnação, na sentença, na apelação e nas contra-razões; e, no tocante ao dano irreparável, igualmente genéricas e abstratas as alegações, que nada provam de concreto, sendo manifestamente ilegal, à luz da jurisprudência consolidada, que a suspensão inicial com que recebidos os embargos obrigue que a situação seja mantida, mesmo depois da sentença de improcedência, cujo teor, ressalte-se, não foi sequer discutido e tampouco impugnado, de forma específica e concreta, nos autos, para obstar a natureza definitiva da execução, a que se refere a Súmula 317/STJ.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034912-52.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034912-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : CORREIA E BRUNO COM/ E REPRESENTACOES LTDA massa falida e outro
: JOAQUIM RAMOS CORREIA
ADVOGADO : IOLANDA DE SIQUEIRA LIMA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP
No. ORIG. : 00098447020014036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal, determinou a exclusão do sócio da empresa-executada, JOAQUIM RAMOS CORREIA, do pólo passivo da ação, em virtude da falência da empresa-executada, condenando a agravante no pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$500,00

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias. 2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócio s-gerentes, in verbis (fls. 73): Constato, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

Assim igualmente ocorre, quando a hipótese é de falência que, por não constituir forma de dissolução irregular da sociedade, somente autoriza o redirecionamento da execução fiscal contra os ex-administradores se provada a prática de atos de gestão com excesso de poderes ou com infração à lei, contrato ou estatuto social.

A propósito, os seguintes precedentes:

RESP nº 882.474, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 22.08.08: "PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA FALIDA - NOME DO SÓCIO NA CDA - REDIRECIONAMENTO: IMPOSSIBILIDADE - ART. 13 DA LEI 8620/93 - CONTROVÉRSIA DECIDIDA SOB O ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL - NÃO CONHECIMENTO. 1. Na interpretação do art. 135 do CTN, o Direito pretoriano no STJ firmou-se no sentido de admitir o redirecionamento para buscar responsabilidade dos sócio s, quando não encontrada a pessoa jurídica ou bens que garantam a execução. 2. Duas regras básicas comandam o redirecionamento: a) quando a empresa se

extingue regularmente, cabe ao exequente provar a culpa do sócio para obter a sua imputação de responsabilidade; b) se a empresa se extingue de forma irregular, torna-se possível o redirecionamento, sendo ônus do sócio provar que não agiu com culpa ou excesso de poder. 3. Na hipótese dos autos, surge uma terceira regra: quando a empresa se extingue por falência, depois de exaurido o seu patrimônio. Aqui, a responsabilidade é inteiramente da empresa extinta com o aval da Justiça, sem ônus para os sócios, exceto quando houver comportamento fraudulento. 4. Inviável o recurso especial interposto contra acórdão que decidiu controvérsia em torno da inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/93, sob enfoque exclusivamente constitucional. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."

AGRESP nº 971.741, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 04.08.08: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTOS.

IMPOSSIBILIDADE. FALÊNCIA . MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 83/STJ. 1. O mero inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135 do Código Tributário Nacional. 2. A simples quebra da empresa executada não autoriza a inclusão automática dos sócios, devendo estar comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei. 3. Agravo regimental não provido."

É certo, ainda, que é ônus da exequente comprovar a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou administrador, não se podendo invocar, para respaldar o redirecionamento, a regra do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 que, por colidir com a disciplina do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não tem o condão de revogar a legislação complementar. Ao contrário, o que se revogou foi o próprio preceito invocado pela exequente, conforme revela a MP nº 449/08, ainda vigente, a revelar a manifesta impropriedade da invocação da responsabilidade tributária nas condições pretendidas pela Fazenda Nacional, como tem reiteradamente decidido esta Turma (v.g. - AG nº 2007.03.00099603-1, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 03/02/2009).

Na espécie, houve falência, decretada em **26.06.1996** e encerrada em **12.08.1999**, conforme informação constante de certidão (f. 102), apurando-se a inexistência de bens da sociedade para suportar a execução fiscal, o que, por si, não propiciaria a responsabilidade tributária dos ex-sócios-gerentes, a qual somente pode ser reconhecida se presentes os requisitos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, conforme tem decidido não apenas o Superior Tribunal de Justiça, como especialmente esta Turma, a teor do que revela, entre outros, o seguinte acórdão:

AG nº 2008.03.00040215-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 07/04/09: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO -GERENTE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. FALÊNCIA DA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. I - Não conhecimento do agravo regimental, porquanto, pela nova sistemática processual, incabível o manejo de recurso contra decisão monocrática do Relator (Art. 527, § único do CPC). II - Não conhecimento da matéria referente à nulidade da Certidão da Dívida Ativa, tendo em vista a devolutividade restrita do agravo de instrumento, que enseja o exame de matéria efetivamente apreciada pelo juízo a quo, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. III - Tenho admitido que o simples inadimplemento do crédito tributário não é suficiente para ensejar o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes da empresa devedora, sendo necessário apresentar indícios de dissolução irregular da empresa executada ou a prática de alguns dos atos previstos no artigo 135, III, do CTN, tais como atos cometidos com excesso de poder ou em infração à lei, contrato social ou estatuto. IV- Nos casos de dissolução da empresa por meio de decretação de falência, não há inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. V - No caso em testilha, não houve comprovação pela exequente de eventual gestão fraudulenta praticada pelos sócios-gerentes indicados. Verifico, ademais, que, após o relatório final do síndico e concordância do Ministério Público, o processo de falência foi encerrado sem que houvesse qualquer menção a eventual ação penal falimentar movida em face dos administradores, bem como qualquer apuração no sentido de prática de crime falimentar. VI - Desta forma, entendo incabível, ao menos por ora, o redirecionamento da execução fiscal pretendida VII - Agravo de instrumento provido."

Na espécie, porém, cabível o redirecionamento da execução fiscal, pois não se trata de situação em que atestada a regularidade plena da falência, no respectivo Juízo, na medida em que houve instauração de inquérito judicial para apurar a prática de crime falimentar (f. 102), envolvendo o agravado, pelo que devida a sua integração ou manutenção na lide, nos termos da jurisprudência firme e consolidada dos Tribunais, como anteriormente indicado. A propósito da legalidade do redirecionamento da execução fiscal em casos que tais, a jurisprudência a teor do que revelam, entre outros, o seguinte acórdão:

AG 2008.04.00003451-3, Rel. Des. Fed. ROGER RAUPP, D.E. 13/05/2008: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. INDÍCIO DE CRIME FALIMENTAR. CAUSA JUSTIFICADORA. 1. A responsabilidade do sócio administrador pelos débitos fiscais da empresa é excepcional. A regra geral, mesmo no âmbito do direito tributário, é a de que não se confundem a sua esfera jurídica com a da sociedade, salvo nos casos de infração à lei, ao contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN), e em relação aos fatos geradores ocorridos na época em que esteve à frente da administração. 2. A falência constitui hipótese de dissolução regular da pessoa jurídica, não ensejando, salvo crime falimentar, a

responsabilização do sócio pelas dívidas fiscais. 3. Todavia, a notícia de formação de inquérito judicial para apuração de crime falimentar em andamento, caracteriza indício de que os sócios infringiram a lei e o próprio estatuto da pessoa jurídica, estando implicados, em tese, na prática de crime falimentar, o que justifica o direcionamento da execução. 4. Inverte-se o ônus da prova, que passa a recair sobre os sócios administradores, quanto à eventual inocorrência de violação à lei ou estatutos."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada para manter o agravado no pólo passivo da execução fiscal, rejeitando, no ponto destacado, a exceção de pré-executividade.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035379-31.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035379-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
AGRAVADO : SUSSUMU KOYAMA e outros
: TADASHI YAMAMOTO
: TAKASHI USHIWATA
: TAKESHI MISUMI
: TARCILIO APARECIDO DO CARMO DORO
: TIEKO GONDO
: TOSHIE MIYAMOTO OSHIKAWA
: TOSSI OISHI
: VANDA MARIA MARTINS DE CAMARGO
: VANDERLEI ZANGROSSI
ADVOGADO : ARMANDO GUINEZI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 16 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00062742819994036100 16 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução de sentença, acolheu embargos de declaração, com efeitos infringentes, anulando a sentença que havia decretado a prescrição e determinando o prosseguimento da execução, com conversão de compensação em repetição, mediante citação nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil.

(f. 455/8).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a sentença na ação de conhecimento foi proferida com o seguinte dispositivo (f. 126):

"ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE a presente ação para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária entre os Autores e a Ré ensejadora do recolhimento do Imposto de Renda atinente às verbas indenizatórias tratadas na inicial, bem como o direito de compensação do valor indevidamente pago com parcelas futuras do imposto de renda."

No julgamento da apelação e remessa oficial foi mantida a sentença quanto à declaração do direito de compensação, sendo alterada apenas a correção monetária e a verba honorária (f. 167):

"A r. sentença deve ser reformada, pois, em sede de remessa oficial, apenas para efeito de delimitar a correção monetária do indébito fiscal, e fixar a aplicação da taxa SELIC, e da verba honorária como explicitado, mantido, no mais, os seus termos."

A propósito do discutido, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a prescrição - que pode, inclusive, ser decretada de ofício (artigo 219, § 5º, CPC) - para a execução de título judicial sujeita-se ao mesmo prazo previsto para a ação cognitiva, nos termos da Súmula 150/STF ("*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*"), sendo que, no caso específico da Fazenda Pública, aplica-se o interregno legal de cinco anos (Decreto nº 20.910/32), sendo este o prazo consagrado, inclusive para a fase cognitiva, por este Tribunal, em detrimento da tese decenal (cinco mais cinco) e, com maior razão, da vintenária. Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos:

- RESP nº 1.072.882, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 12.12.08: "PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.280/2006. SENTENÇA ANTERIOR E ACÓRDÃO POSTERIOR. PRAZO QÜINQUÊNAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. Inexiste a alegada negativa de jurisdição se o Colegiado de origem apreciou a controvérsia de modo integral, sólido e adequado, apenas não adotando a tese que a recorrente pretendia ver prevalente. 2. Sendo a sentença anterior e o acórdão proferido em embargos de declaração posterior à Lei 11.280/06, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, é viável o conhecimento, de ofício, da prescrição de direito patrimonial. Precedentes. 3. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, consoante a dicção da Súmula 150/STF. 4. "Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação" (Resp 543.559/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.02.05). 5. Recurso especial não provido."

- AC nº 2002.61.00026575-3, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 18/11/2008: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO ATÉ DE OFÍCIO. ARTIGO 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 150/STF. INTERRUÇÃO PELO INÍCIO DA EXECUÇÃO. INÉRCIA DA EXEQÜENTE. RETOMADA DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DO DECRETO Nº 20.910/32. SUCUMBÊNCIA. 1. Julgados improcedentes, integral ou parcialmente, os embargos opostos pela Fazenda Nacional, cumpre sujeitar a sentença à remessa oficial. Precedentes da Turma. 2. Nos termos do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.280/06, a prescrição, enquanto matéria de ordem pública, deve ser decretada até de ofício pelo Juízo, em qualquer fase do processo, com aplicação imediata aos feitos em curso, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3. A execução de sentença sujeita-se ao mesmo prazo de prescrição da ação em que constituído o título judicial (Súmula 150/STF): caso em que decorreu prazo superior a cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação e a propositura da execução, com efetivação dos meios e citação do devedor, permitindo seja reconhecida a prescrição, prejudicada a discussão do julgamento ultra petita. 4. Em face da sucumbência integral da exeqüente, esta deve arcar com a verba honorária, que se fixa em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência uniforme da Turma. 5. Remessa oficial, tida por submetida, provida; e apelação prejudicada."

- AC nº 2001.61.020008332, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 31.07.02, p. 496: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ART. 9º DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE DOS AUTOS. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO. I - Não se aplica a prescrição intercorrente prevista no art. 9º do Decreto 20.910/32 ao processo de execução, por constituir-se ação autônoma. II - O prazo prescricional da execução é o mesmo da ação originária. Inteligência da Súmula n.º 150 do Supremo Tribunal Federal. III - Conta-se a prescrição da ação de execução a partir trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento. IV - Transcorrido o lapso prescricional quando da propositura da execução. V - Apelação improvida. VI - Sentença mantida, embora sob outro fundamento."

Na espécie, houve trânsito em julgado da condenação em **13/09/2004** (f. 171); em **14/07/2006** (f. 188/9) os exequentes pediram expedição de ofício ao BACEN, empregador dos exequentes, para que promova, nos meses vindouros, a compensação dos créditos com o imposto de renda a ser retido na fonte, juntando memorial descritivo dos valores devidos a cada um dos autores (f. 190/200); e em **02/08/2006** foi indeferido o pedido, sob o fundamento de que a compensação deveria ser realizada administrativamente (f. 201). Na sequência, seguiu-se a execução da verba honorária, inclusive com a oposição de embargos, na forma do artigo 730 do CPC (f. 250/1). Em **02/08/2010** (f. 272/81), os autores requereram "*o direito de optar receber a sentença com a restituição do imposto de renda retido indevidamente na fonte*", vez que tiveram deferida a habilitação do crédito na via administrativa, nos termos do artigo 71 da IN RFB nº 900/08, mas, ao ultimarem a providência, a PER/DCOMP foi indeferida, em virtude dos termos da decisão judicial transitada em julgado, ressaltando que os valores deveriam ser compensados com parcelas futuras de imposto de renda.

Destacaram os autores que somente um deles tem apresentado imposto a pagar na Declaração de Ajuste Anual, o que tornaria impraticável a compensação para os demais que são, em sua grande parte, maiores de 60 anos, merecendo

celeridade na repetição do indébito, conforme o Estatuto do Idoso, já tendo, inclusive, ocorrido o falecimento de um dos autores.

A prescrição, como assentado na jurisprudência, é a sanção que se aplica a quem, podendo, deixa, por omissão, de praticar ato destinado à defesa de seu direito, sendo que, **no caso concreto**, os autores não se mantiveram inertes, requerendo, inicialmente, a compensação nos próprios autos judiciais, com a juntada dos cálculos, e dirigindo-se, posteriormente, à autoridade administrativa que, sob o fundamento de cumprir a decisão judicial em seus estritos termos, indeferiu o pedido de restituição, tendo sido, por outro lado, demonstrada a impossibilidade de compensação dos créditos diante da ausência de débitos de imposto de renda, em razão do que não há como reconhecer a prescrição. De outra parte, encontra-se consolidada a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido da possibilidade de alteração do pedido de compensação, para o de repetição, mesmo na fase de execução, sem que constitua ofensa à coisa julgada.

Neste sentido, os precedentes:

- AGRESP n° 227048, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU de 26.03.01, p. 414: "AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA ESTIPULANDO COMPENSAÇÃO. OPÇÃO POR RESTITUIÇÃO VIA PRECATÓRIO. OFENSA À COISA JULGADA. FORMA DE EXECUÇÃO DIVERSA. FIM DA SENTENÇA ALCANÇADO. I - Quando o autor requereu o reconhecimento do seu crédito, não fez pedido de mera declaração de sua existência, mas visava com isto obter meio para receber tal valor. Assim, a sentença não se limitou a declarar a existência do crédito, mas condenou o instituto a restituí-lo da maneira como expressamente pretendia o autor - compensação. II - Com a superveniente modificação no estrutura funcional do autor - não mantendo mais empregados contratados - impossibilitando a compensação, a disponibilização de meio diverso de restituição do indébito - no caso o precatório requisitório, não macula a coisa julgada, mas, ao contrário, privilegia o bom direito alcançado no processo de cognição, que, caso contrário, se perderia. III - Recurso a que se nega provimento."

- AGRESP n° 508041, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJU de 02.05.05, p. 275: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 467 e 584, I, do CPC. OPÇÃO PELA CONVERSÃO DA COMPENSAÇÃO EM RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. SEGUIMENTO NEGADO. Os dispositivos legais tidos por violados não foram enfrentados, quer implícita ou explicitamente, pelo v. acórdão recorrido, o que determina a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Diante da faculdade conferida pela lei ao contribuinte de optar pelo pedido de restituição, ainda que a sentença tenha reconhecido o direito à compensação, portanto, nada obsta seja autorizada a repetição do indébito, inclusive na fase executória, se a própria lei assim o assegura, sem que se cogite de violação da coisa julgada. Precedentes. Agravo regimental improvido."

- RESP n° 411392, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 22.09.03, p. 293: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL E COFINS. COMPENSAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EMBARGOS DA FAZENDA PÚBLICA. OFENSA AO ART. 548, I, DO CPC. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA COMPENSAÇÃO EM RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Comprovado que, no processo de cognição, foi requerida a declaração do recolhimento indevido da contribuição para o FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5% , cumulativamente, com o pedido de repetição e/ou compensação da exação, não se vislumbra a contrariedade ao art. 548, I, do CPC. 2. Consoante jurisprudência iterativa desta Corte, é possível o contribuinte, na fase executória, optar pela repetição ou compensação do tributo recolhido indevidamente ou a maior. 3. Recurso especial improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0032864-23.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032864-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : HAKME IND/ E COM/ DE ROUPAS LTDA
ADVOGADO : ALIFRANCY PUSSI FARIAS ACCORSI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00214509520094036100 5 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação anulatória de débito fiscal, reiterou a negativa de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade dos créditos tributários (PIS e COFINS de 2004, 2005 e 2006) referentes às CDAs nº 80.6.09.009371-20 e 80.7.09.002755-66, extraídas do PA nº 19515.006172/2008-81, que são objeto de cobrança na EF nº 2009.61.82.029895-9 (f. 519 e 519v.).

Alegou, em suma, a existência de vícios no lançamento, assim porque: (1) a fiscalização lavrou auto de infração, com base em informações do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - DACON, considerando apenas os débitos de PIS e COFINS, sem deduzir os créditos decorrentes do regime da não-cumulatividade; (2) o artigo 273 do CPC não requer prova cabal, exigindo apenas a probabilidade da existência do direito alegado; (3) o agente fiscal não examinou os livros e documentos da empresa, tampouco observou que os tributos foram declarados em DCTF, com a utilização dos créditos de PIS e COFINS e o pagamento do saldo devedor, limitando-se a efetuar o lançamento em função dos dados do DACON; (4) o DACON retificador não foi anexado aos documentos que instruíram a inicial, pois a ação discute apenas os valores declarados no DACON original, entregue em 08/01/2007, sendo que o retificador foi apresentado em 01/07/2009, após a ação fiscal e a inscrição em dívida ativa, o que, certamente, acarretará o indeferimento pela Receita Federal; (5) o pedido antecipatório tem por fundamento a verossimilhança das alegações, firmada na "*existência potencial de crédito passível de dedução de PIS e COFINS*"; (6) o fato de não terem sido preenchidos os campos do DACON quanto aos créditos descontados/utilizados não significa que eles não existam, pois constam do DACON e são, inclusive, previstos legalmente, não podendo ser o contribuinte penalizado pelo simples erro no preenchimento do demonstrativo; (7) a utilização dos créditos foi informada em DCTF, a qual configura autolancamento; e (8) o indeferimento da tutela antecipada inviabiliza o regular exercício de sua atividade empresarial, pois a empresa necessita de financiamento para aquisição de novos maquinários, a fim de manter-se competitiva no mercado, cujo pedido já foi negado pela Caixa Econômica Federal, por ausência de certidão de regularidade fiscal. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a agravante pretende a suspensão da exigibilidade dos créditos de PIS e COFINS, sob a alegação de que, embora sujeita ao regime da não-cumulatividade, o Fisco fez o lançamento dos tributos, porém sem considerar nem glosar os créditos existentes.

O termo de verificação fiscal consignou o seguinte (f. 65/6):

"Em decorrência da revisão da Declaração de Informações Econômico-Fiscais - DIPJ do ano-calendário de 2004 e dos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais - DACON dos anos-calendário de 2005 e 2006 do contribuinte, foram constatadas as seguintes irregularidades fiscais, cujas respectivas matérias tributáveis relacionadas aos tributos/contribuições não declarados serão objeto de lançamento de ofício, através da lavratura do competente Auto de Infração para sua constituição e exigência, a saber:

1 - Insuficiência de Declaração e Recolhimento de COFINS e do PIS/PASEP

A partir dos valores informados na Ficha 25 - Cálculo da COFINS - Regime Não-Cumulativo - Incidência total ou Parcial da DIPJ do ano-calendário de 2004, na Ficha 17B - Resumo - COFINS - Regime Não-Cumulativo (Incidência Total ou Parcial) e na Ficha 11B - Resumo - Contribuição para o PIS/PASEP - Regime Não-Cumulativo (Incidência Total ou Parcial) do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - DACON do ano-calendário de 2005 e na Ficha 25B - Resumo - COFINS - Regime Não Cumulativo e Ficha 15B - Resumo - Contribuição para o PIS/PASEP do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - DACON do ano-calendário de 2006 foi constatada insuficiência de declaração e recolhimento da COFINS e da Contribuição para o PIS/PASEP, motivando a elaboração dos demonstrativos a seguir, onde constam os valores da contribuição, informados nas mencionadas declarações, os valores informados em DCTF e os valores das contribuições não declarados, passíveis de lançamento (...)

Observamos que o procedimento fiscal limitou-se ao confronto entre os valores das contribuições informados na Declaração de Informações Econômico-Fiscais - DIPJ e nos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais - DACON com os valores informados nas respectivas Declarações de Tributos e Contribuições - DCTF, não sendo auditados os valores que compuseram os cálculos, ficando, dessa forma, resguardado o direito de a Fazenda Nacional efetuar novos exames dentro do prazo decadencial."

Como se observa, o auto de infração foi lavrado com base nos documentos apresentados pelo próprio contribuinte, apurando-se incongruências entre o Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - DACON, a Declaração de Informações Econômico-Fiscais - DIPJ e as Declarações de Tributos e Contribuições - DCTF, sendo tais elementos considerados suficientes para a autuação fiscal.

Em que pese o contribuinte tenha indicado créditos disponíveis no DACON, não preencheu os campos sobre e para a respectiva utilização na dedução dos débitos de PIS e COFINS, não podendo o Fisco, por certo, presumir informações não expressas, mesmo que em DCTF haja sido feito o abatimento dos créditos. Ainda que o DACON, por si só, não tenha o condão de constituir os débitos declarados, se os respectivos dados estiverem incompatíveis com as declarações da DCTF e DIPJ, o lançamento de ofício é possível, como de fato ocorreu no caso.

Por outro lado, a entrega de DACON retificador acena para a possibilidade de equívoco no preenchimento do DACON original, mas além de ter sido apresentado somente em 01/07/2009 (f. 456), depois da inscrição em dívida ativa,

efetuada em 12/02/2009 (f. 137/86), sequer instruiu os autos da ação originária, contrariando os interesses da própria autora, que pretende demonstrar a existência e a efetiva utilização dos créditos. Ainda que a matéria, porventura, requeira a realização de prova técnica, a parte interessada deve juntar toda a documentação necessária para auxiliar, desde logo, na elucidação dos fatos.

Note-se que ao Fisco não compete corrigir erros de tal espécie na declaração dos contribuintes, sendo obrigação do declarante retificar os dados declarados de forma incorreta, mediante apresentação de prova inequívoca do erro, se o débito já tiver sido objeto de lançamento ou inscrição em dívida ativa, como é o caso dos autos. De outra parte, na esfera judicial, não sendo aferível de plano o suposto erro, cabe ao interessado o ônus de produzir as provas próprias e necessárias a demonstrar o alegado.

Por fim, impende salientar que a agravante não impugnou administrativamente o auto de infração, do qual foi intimada em 06/10/2008 (f. 456), sendo relevante destacar que o lançamento inclui *valores não declarados*, conforme mencionado no termo de verificação fiscal, o que corrobora a presunção de veracidade do ato administrativo.

Neste contexto, antes da conclusão da fase instrutória do processo, não é possível aferir os requisitos de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, devendo ser mantido o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00007 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033714-77.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033714-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ADVOGADO : MAURY IZIDORO e outro
AGRAVADO : SERVICOS POSTAIS MORUMBI LTDA -EPP
ADVOGADO : REBECA ANDRADE DE MACEDO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 20 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00204823120104036100 20 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em ação ordinária, deferiu antecipação dos efeitos da tutela, "*tão somente para determinar a ré ECT que se abstenha de extinguir o Contrato de Franquia Empresarial nº 678/94, com fundamento no § 2º do art. 9º do Decreto nº 6.639/, de 07 de novembro de 2008*", determinando, ainda, "*que não adote, com supedâneo no § 2º do artigo 9º do Decreto referido, qualquer providência que interfira na regular execução dos serviços decorrentes do contrato, v.g., enviar correspondências aos clientes da autora mencionando o fechamento da agência*".

DECIDO.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de *periculum in mora*, apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato o direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao *fumus boni iuris*, legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal

- a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância *a quo*.

De fato, com o advento da MP 509, de 12/10/2010, o parágrafo único do artigo 7º da Lei 11.668/08 passou a dispor que "A ECT deverá concluir as contratações a que se refere este artigo até 11 de junho de 2011". Assim, a decisão agravada, ao assegurar a preservação do *statu quo ante*, impedindo que sejam extintos os contratos vigentes, não produz qualquer dano irreparável ou de difícil e incerta reparação à ECT, que gera a necessidade de imediata revisão da decisão agravada e não possa, portanto, aguardar o pronunciamento de mérito a tempo e modo próprio, com a retenção do presente recurso.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00008 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033712-10.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033712-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ADVOGADO : MAURY IZIDORO e outro
AGRAVADO : TELE POST FAX COMUNICACOES LTDA
ADVOGADO : REBECA ANDRADE DE MACEDO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00204753920104036100 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em ação ordinária, deferiu antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que a ECT "*se abstenha de extinguir o contrato de franquia postal celebrado com a autora, até que entre em vigor o novo contrato de agência de correio franqueada para a sua localidade, devidamente procedido de licitação, devendo a ré se abster de enviar qualquer correspondência aos clientes da autora mencionando o seu fechamento, bem como de adotar qualquer providência que interfira na regular execução do contrato de franquia postal, desde que a autora cumpra todas as obrigações constantes do referido contrato*".

DECIDO.

Desde a vigência da Lei 10.352, de 26.12.01, não é mais cabível o agravo, sob a forma de instrumento, em face de decisões interlocutórias, "salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação" (artigo 527, II, CPC), ou nas hipóteses de "inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida" (artigo 523, § 4º, CPC), devendo ser, pois, determinada a sua retenção para julgamento simultâneo com o recurso principal.

Cabe assinalar que a Lei nº 11.187, de 19.10.05, tornou mais rígida a orientação da Lei nº 10.352, de 26.12.01, uma vez que, nas condições especificadas, a retenção, a partir dela, não é mais mera faculdade do relator, mas verdadeira imposição legal, inclusive sem previsão de recurso para a Turma.

É inequívoco, pois, que a alegação genérica de *periculum in mora*, apenas porque reconhecido, ou não, para gozo imediato o direito, invocado por uma das partes, não basta para motivar o agravo sob a forma de instrumento; e nem mesmo a prova de que a decisão agravada pode causar, ou efetivamente causa, prejuízo ou inconveniente qualquer. Pelo contrário, a lei exige um prejuízo notadamente qualificado, específico e concreto, atual ou iminente, sob a forma de dano irreparável, capaz de comprovadamente tornar ineficaz o eventual provimento do recurso somente ao final pela Turma; ou cuja reparação seja de tal modo difícil, por aspecto legal ou de fato, que, associado ao *fumus boni iuris*, legitime não apenas o curso, como a própria antecipação da tutela recursal, como forma única e necessária para garantir a eficácia da prestação jurisdicional.

O regime vigente reforçou a inviabilidade do agravo de instrumento fundado apenas na impugnação de decisão interlocutória, a partir de pretensão meramente revisional, com a substituição, pelo Tribunal, da interpretação do Direito e do juízo formulado, na origem, sobre os fatos da causa. É preciso para legitimar o provimento substitutivo do Tribunal - a fim de que este não se desvie nem prejudique sua função essencial, que é a de julgar apelações, ou seja, revisar juízos de mérito, decisões definitivas da primeira instância - mais do que apenas uma decisão eventualmente equivocada, segundo a ótica de quem agrava, ou contrária ao seu interesse jurídico.

A lei exige interesse processual pleno em aspectos peculiares, relativos à urgência, imprescindibilidade e necessidade de revisão da decisão agravada, para afastar ou prevenir, objetivamente, o dano ou o risco de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, produzidos pela eficácia imediata do provimento judicial, positivo ou negativo, ainda que formulado apenas em cognição inicial, sumária e provisória da causa.

Não é, porém, o que ocorre no caso concreto, em que comprovadamente a manutenção da decisão agravada, até que possa a Turma apreciar o pleito juntamente com o recurso principal nos autos originários, não produz qualquer dos efeitos irremediáveis, que a lei exige para autorizar e justificar, de imediato, a jurisdição do Tribunal, em revisão ao provimento dado na instância *a quo*.

De fato, com o advento da MP 509, de 12/10/2010, o parágrafo único do artigo 7º da Lei 11.668/08 passou a dispor que "A ECT deverá concluir as contratações a que se refere este artigo até 11 de junho de 2011". Assim, a decisão agravada, ao assegurar a preservação do statu quo ante, impedindo que sejam extintos os contratos vigentes, não produz qualquer dano irreparável ou de difícil e incerta reparação à ECT, que gera a necessidade de imediata revisão da decisão agravada e não possa, portanto, aguardar o pronunciamento de mérito a tempo e modo próprio, com a retenção do presente recurso.

Ante o exposto, dada a inviabilidade do agravo de instrumento, determino, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, a sua conversão em agravo retido, com a baixa dos autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00009 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026704-79.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.026704-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Agencia Nacional do Petroleo Gas Natural e Biocombustiveis ANP
ADVOGADO : PAULINE DE ASSIS ORTEGA
AGRAVADO : CARVALHO HAMAMOTO E CIA LTDA
ADVOGADO : RITA DE CASSIA LOPES e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00214214520094036100 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em liminar de ação ordinária, determinou que a ré "**adote as providências cabíveis para a não inclusão do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, bem como para a não inscrição no CADIN, sob pena pecuniária diária de R\$1.000,00 (um mil reais), pelos fatos narrados nos autos**".

A agravante alegou, em suma, que: (1) o Revendedor Varejista do combustível também se obriga a garantir a qualidade do produto; e (2) a prova capaz de afastar a responsabilidade do varejista, a "amostra testemunha", não existe, pois deixou de ser colhida pelo interessado.

A agravada apresentou contraminuta (f. 281/5)

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que a análise de produtos recebidos e a conseqüente indicação do seu resultado em "Registro de Análise de Resultado" feitas pelo Revendedor Varejista são facultativas. Contudo, caso opte por não realizar tal procedimento, "**o Registro de Análise da Qualidade deverá, obrigatoriamente, ser preenchido com os dados enviados pelo Distribuidor, assumindo o Revendedor Varejista a responsabilidade dos dados da qualidade do produto informados pelo Distribuidor**" (parágrafo 2º do artigo 3º da Resolução ANP nº 09 de 07.03.2007, que revoga a Portaria ANP nº 248/00).

Neste sentido a jurisprudência desta Corte e de outros Regionais:

AC 2003.61.20.006888-1, Rel. Juiz Conv. VALDECI DOS SANTOS, DJU 03/10/2007: "DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ADULTERAÇÃO DE

COMBUSTÍVEL. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. 1. Na hipótese dos autos, em que pese a individualidade de cada consumidor, é possível afirmar que a atuação dos postos revendedores, negociando combustível adulterado, acabou por atingir um universo de consumidores cujos direitos foram lesados em um número considerável de situações, caracterizando, pois, na totalidade dos casos, direitos individuais homogêneos, merecendo ser defendidos pelo Ministério Público que, para tanto, deverá promover o inquérito civil e a ação civil pública. 2. Nos termos das normas de regência da matéria, ou o revendedor varejista coleta amostras do caminhão tanque do fornecedor ou distribuidor, em todos os seus compartimentos, e efetua as análises, recusando produto inadequado, ou torna-se responsável por ele. 3. No caso, não foram adotadas as providências necessárias para efetuar o controle de qualidade do combustível recebido das distribuidoras, sendo certo que os postos revendedores colocaram o produto à disposição dos consumidores e, em face dessa omissão, assumiram integralmente a responsabilidade pela procedência da gasolina, não sendo razoável tentar radicar culpa nos fornecedores, ou, ainda, alegar ignorância quanto aos vícios de qualidade ou inadequação dos produtos para eximir-se de responsabilidade. 4. Apelação a que se nega provimento." (g.n.)

AC 2003.51.01.002961-7, Rel. Des. Fed. REIS FRIEDE, DJU 19/11/2008: "ADMINISTRATIVO. ANP. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL. RESPONSABILIDADE POR COMBUSTÍVEL FORA DAS ESPECIFICAÇÕES EXIGIDAS PELA ANP. I - A Parte Autora foi autuada, com imposição de pagamento de multa, em razão de fornecimento de gasolina com concentração de álcool anidro fora das especificações traçadas pela ANP. II - Entendeu o MM. Juízo a quo que a responsabilidade, neste caso, é do revendedor varejista, e não da Parte Autora, distribuidora do combustível. III - A União Federal pretende demonstrar, em seu Apelo, a responsabilidade solidária do distribuidor e do revendedor. IV - Invoca a Parte Autora, para afastar a alegada responsabilidade solidária, a Portaria ANP n.º 248/2000, a qual obriga, em seu art. 3º, o revendedor varejista coletar amostras de cada compartimento do caminhão-tanque que contenha o combustível a ser recebido e efetuar as análises para averiguar se o mesmo encontra-se em conformidade com os padrões exigidos pela Autarquia-Ré. V - Destaca-se, todavia, que o referido ato normativo estabelece, em seu art. 4º, que a responsabilidade recairá exclusivamente no revendedor quando o mesmo, sem realizar o teste acima mencionado e preencher o chamado Registro das Análises de Qualidade, com os dados informados pelo distribuidor. VI - Disso se extrai que a responsabilidade exclusiva do revendedor somente ocorre quando abre mão da coleta de amostras determinada pelo art. 3º da referida Portaria 248/ANP. Não demonstra, a Parte Autora, se esta teria sido a hipótese dos autos. VII - Ademais, frise-se, que o Código do Consumidor, em seu art. 18, estabelece responsabilidade solidária dos fornecedores pelos vícios de qualidade e quantidade apresentados no produto. VIII - Remessa Necessária e Apelação da ANP providas." (g.n.)

AMS 2003.51.01.490042-6, Rel. Des. Fed. FERNANDO MARQUES, DJU 12/12/2006: "CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - ANP. ÓRGÃO REGULADOR DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO. LEI 9.478/97. - A interferência do Poder Público na atividade econômica está prevista constitucionalmente, se é para proteger o interesse público. - A Lei 9.478/97 dispõe que a Agência Nacional do Petróleo, é órgão regulador da indústria do petróleo, cabendo-lhe promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas da indústria do petróleo, entre outras as relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, atividade de utilidade pública e relevante interesse nacional - A liberdade de iniciativa econômica não é absoluta, mormente no caso da impetrante, que se dedica a atividade inserida em área fundamental da economia, qual seja a de comercialização de derivados do petróleo. Nessa qualidade deve submeter-se às decisões da Agência Nacional de Petróleo, que é órgão regulador da matéria - Reveste-se de legalidade o Auto de Infração lavrado, eis que a ANP, no exercício do poder de polícia que lhe foi atribuído, constatou que o produto Gasolina tipo "C" comum não se encontrava em conformidade com as especificações estabelecidas na legislação vigente, encontrando-se adulterada por adição de solvente. - O fiscal da autarquia constatou, na ocasião, outras infrações, como a referente aos Livros de Movimentação de Combustíveis, cuja irregularidade já havia sido detectada em Notificação anterior, em que a ANS dera prazo de 48 h para atualização de dados, exigência não cumprida até aquela data de retorno da fiscalização. - Também foi constatado que o revendedor não apresentou as amostras testemunha e os registros de análise de qualidade, que devem ficar à disposição da ANP para qualquer verificação que julgue necessária. - Diante das irregularidades apuradas, houve a interdição do estabelecimento, como medida cautelar, providência prevista no art. 5º da Lei 9847/99, não se vislumbrando violação ao princípio da razoabilidade, eis que o objetivo maior é a defesa do consumidor e a economia nacional. (g.n.)

AC 2006.83.00.008196-8, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, DJU 12/11/2007: "ADMINISTRATIVO. CIVIL. QUALIDADE DO PRODUTO. GASOLINA TIPO C. PONTO DE EBULIÇÃO. REVENDEDOR. POSTO DE GASOLINA. ESPECIFICAÇÕES DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE PROVA DA RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO DISTRIBUIDOR. CADEIA DE CAUSALIDADE DO DANO. SOLIDARIEDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. PORTARIAS ANP N.ºS 116/2000 E 309/2001. I - A responsabilidade pela comercialização da gasolina no posto é do revendedor varejista, posto que ocorre em momento posterior à entrega, via caminhão-tanque, e acondicionamento do combustível. Na verdade, trata-se de uma cadeia de eventos, onde a responsabilidade do sucessor só poderá ser afastada se comprovada a responsabilidade exclusiva do antecessor. II - Não constando dos autos indícios que comprovem que a chamada "amostra testemunha", que é a colhida pela revendedora diretamente do caminhão-tanque, já continha adulteração do ponto de ebulição anteriormente à entrega, bem como ausentes

provas suficientes a elidir a presunção de legalidade do ato administrativo (auto de infração) que lastreou a cobrança da referida multa, entendendo que restou incontroverso que a amostra-prova (gasolina retirada da bomba medidora, sob a responsabilidade da empresa autuada) estava fora das especificações da ANP, sendo cabível a imposição da pena cominada.. III - Apelação provida." (g.n.)

Na espécie, o varejista não colheu a "amostra testemunha" dos compartimentos do caminhão-tanque quando da entrega da carga de combustível, assim assumindo a responsabilidade pela procedência do produto e correndo o risco de o combustível ter sido entregue com padrão de qualidade discrepante dos dados enviados pelo distribuidor, visto que também é obrigado a garantir a boa qualidade do produto que põe à venda em seu estabelecimento (artigo 10, II da Portaria ANP nº 116/00), sendo, assim, verificada, como no caso, que o produto estava fora das especificações devidas, cabível a responsabilidade do varejistas e a cominação de penalidade pela infração.

Quanto à suspensão do registro no CADIN deve-se cumprir com a regra específica da Lei nº 10.522/02, verbis: "Art. 7º - Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que: I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei."

Neste sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RESP nº 1.142.654, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE de 21/05/2010: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CADIN. SUSPENSÃO. GARANTIA IDÔNEA E SUFICIENTE OU SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO (RESP N. 1137497/CE, PRIMEIRA SEÇÃO, PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC E RES. STJ N. 8/08). INEXISTÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. REEXAME VEDADO. SÚMULA N. 7 DO STJ. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF, POR ANALOGIA. 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que a mera existência de demanda judicial não autoriza a suspensão do registro do devedor no Cadin. Para tanto, é imprescindível que o interessado comprove o oferecimento de garantia idônea e suficiente em juízo ou a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do registro (REsp n. 1137497/CE, Min. Luiz Fux, Primeira Seção, assentada de 14.04.2010, por meio da sistemática do art. 543-C do CPC e Res. STJ n. 8/08). 2. A presença dos requisitos autorizadores da concessão de tutela previstos no art. 273 do Código de Processo Civil não pode ser revista nesta instância, em razão do óbice referido na Súmula n. 7 do STJ, que impede o reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes. 3. Consolidada a jurisprudência no sentido de que a taxa selic é adequada para o cálculo da correção monetária e dos juros de mora no crédito tributário, sendo vedada a utilização de outros índices. 4. No tocante às alegadas violações aos arts. 9º da Lei n. 6.537/73 e 69 da Lei n. 10.904/96, ao argumento de que não seria legal a incidência da multa sobre o valor dos juros de mora e de que é devida a correção do crédito com base na Ufir mais juros de um por cento ao mês, a irrisignação não merece ser conhecida, por faltar o necessário requisito do prequestionamento. É de se aplicar o entendimento consolidado nas Súmulas n. 282 e 356 do STF, por analogia. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

AGRESP nº 911.354, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 24/09/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE OFERECIMENTO DE PRECATÓRIO EM AÇÃO CAUTELAR. INVIABILIDADE. SÚMULA 112/STJ. EXCLUSÃO DO NOME DO AUTOR DOS REGISTROS DO CADIN. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 7º DA LEI 10.522/2002. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. Consoante disposto no art. 151, II, do CTN, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário somente é possível mediante depósito integral e em dinheiro do montante devido. Inteligência da Súmula 112/STJ. 2. A existência de demanda judicial não autoriza, por si só, a suspensão do registro do devedor no Cadin. Consoante disposto no art. 7º da Lei 10.522/2002, para que ocorra a suspensão, é indispensável que o devedor comprove uma das seguintes situações: "I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei". Precedentes do STJ. 3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 4. No REsp 653.381/RJ, postulou-se tutela de urgência para suspender os efeitos da concorrência pública e impedir a transferência de imóvel. Já, neste feito, requer-se provimento cautelar para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a consequente expedição da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, além da exclusão, no Cadin, do nome da empresa. 5. Agravo Regimental não provido."

ERESP nº 1.002.798, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 21/08/2009: "TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO DE INSCRIÇÃO NO CADIN - REQUISITOS - LEI 10.522/02 ART. 7º: OFERECIMENTO DE GARANTIA IDÔNEA E SUFICIENTE OU SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Permite-se a suspensão

da inscrição do devedor no Cadastro, quando o contribuinte oferece garantia idônea e suficiente em garantia ao débito que lhe está sendo cobrado (art. 7º da Lei 10.522/02). 2. Embargos de divergência providos."

No mesmo sentido tem decidido esta Corte:

AI nº 2008.03.00.000473-7, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJU de 03.02.09, p. 650: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXCEUÇÃO. PENHORA EFETIVADA. CADIN. EXCLUSÃO. I - Nos termos do artigo 7º, da Lei nº, o registro no CADIN será suspenso na hipótese de comprovação de ajuizamento de ação com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo ou suspensão da exigibilidade do crédito objeto do registro. II - Suspensa a exigibilidade por penhora efetivada nos autos executivos, o contribuinte não pode ter seu nome inscrito em nenhum cadastro de inadimplentes, enquanto pendente o curso da ação principal. III - Agravo de instrumento provido."

AG nº 2006.03.00.113431-0, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 31.03.08, p. 398: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DO NOME DA EXECUTADA NOS REGISTROS DO CADIN E SERASA. LEGITIMIDADE. JUÍZO GARANTIDO ATRAVÉS DE PENHORA E OFERECIMENTO DE EMBARGOS. 1. Cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal. 2. Preliminar apreciada como questão de ordem (fls.181/183), afastando a alegação de intempestividade do agravo de instrumento. 3. Nos termos do artigo 7º, da Lei nº 10.522 de 19/07/2002, a inscrição no CADIN será suspensa nos casos em que houver oferecimento de garantia idônea e suficiente do Juízo, ou quando suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, o que se verifica no presente caso. 4. Estando o juízo garantido através da penhora com o regular oferecimento dos embargos à execução não se justifica a manutenção do nome da agravada, relativamente à execução nº2004.61.82.057947-1, no CADIN e no Serasa. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento."

Na espécie, houve mera discussão judicial da dívida, sem qualquer garantia idônea e sem a aferição de situação jurídica que possa afastar, de plano, a responsabilidade do agravado pelo fato ocorrido e pela sanção pecuniária que lhe foi imposta, daí porque inexistente respaldo, frente à jurisprudência firmada, à concessão da liminar requerida.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento ao presente recurso para reformar a decisão agravada nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00010 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034582-55.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034582-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : HIDESCHI MITSUI
ADVOGADO : WALDEMIR SIQUEIRA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RE' : EMBALAGENS BELSSE LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DA FAZENDA PUBLICA DE DIADEMA SP
No. ORIG. : 99.00.12143-6 1FP Vr DIADEMA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade oposta sob a alegação ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que se trata de "*matéria restrita a embargos*".

DECIDO.

Intimado para regularizar o preparo relativo às custas e ao porte de remessa e retorno, o agravante deixou de cumprir a determinação judicial no prazo legal.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00011 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033810-92.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033810-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : JORGE CARLOS NASS
ADVOGADO : MARIO DE SOUZA FILHO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00219349120014036100 26 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária, manteve anterior determinação de expedição de ofício precatório e acolheu o cálculo da contadoria judicial, determinando entretanto, a fixação dos valores a serem levantados e convertidos em renda.

Alegou, em suma, a agravante: (1) que para o cálculo dos valores devidos a título de IRPF, necessário o acesso às Declarações de Ajuste Anual (DAA), prestadas pelo autor, e às declarações de imposto retido na fonte (DIRF), da fonte pagadora; (2) "*não basta que a parte autora traga aos autos sua (s) Declaração (ões) de Ajuste Anual (DAA) para que, com fundamento apenas nas respectivas informações, a Contadoria proceda aos cálculos necessários, uma vez que o indicado órgão não teve acesso à(s) Declaraçã(ões) da Fonte Retentora, documentação importante para se saber como esta calculou o IR devido. Daí porque, Excelências, é essencial a manifestação da Delegacia da Receita Federal de administração Tributária em São Paulo para que informe acerca da situação fiscal da autora procedendo-se os cálculos aplicáveis a eventual restituição de imposto de renda retido na fonte (IRRF)*"; (3) alertou o Juízo, dentro do prazo dos embargos à execução, que não tinha como efetuar os cálculos pertinentes e, por consequência, embargar à execução, sem que fossem juntados os documentos requeridos pela Receita Federal; (4) embora a petição de f. 461 (nestes autos: f. 83) não tenha recebido o título de "*embargos à execução*", representa, na realidade, tal recurso, pois traz os cálculos da Receita Federal, efetuados com base nos documentos juntados pelo Banesprev; e (5) conforme manifestação da Receita Federal a totalidade dos depósitos judiciais deve ser convertido em renda em favor da União e o valor de restituição devido ao autor é de R\$ 3.676,83 (junho/2010).

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, consta dos autos que o autor ajuizou ação ordinária para afastar a exigibilidade do imposto de renda incidente sobre as parcelas pagas mensalmente pela Banesprev, a título de complementação de aposentadoria, bem como a condenação à repetição dos tributos pagos nos últimos dez anos. A tutela antecipada foi concedida em abril/2002, a fim de "*assegurar, ao autor, a não retenção e respectivo repasse ao Fisco dos valores correspondentes ao Imposto de Renda incidente sobre as prestações de seus benefícios de aposentadoria complementar, bem como sua exclusão da base de cálculo desse tributo, nos termos do pedido, devendo tais valores serem depositados mensalmente, à disposição deste Juízo, na Caixa Econômica Federal, até ulterior decisão*". A ação foi julgada parcialmente procedente: "*para declarar a inexigibilidade do imposto de renda incidente sobre a parcela do benefício mensal complementar, no que corresponder às contribuições a cargo do autor, recolhidas no período de vigência da Lei nº 7.713/88 (de janeiro de 1989 a dezembro de 1995), bem como para condenar a União Federal a restituir ao autor a quantia paga a esse título, nos termos acima expostos.*" (f. 27/34). Houve apelação fazendária a que se deu parcial provimento para "*relegar a fixação dos índices de correção monetária à fase de execução, e fixar os juros moratórios, calculados com base na taxa SELIC, a incidir a partir da data da extinção da UFIR, sem cumulação, no período posterior, de qualquer outro índice.*" (f. 37/47).

Após o trânsito em julgado, em 30.11.07 (f. 48), o autor apresentou seus cálculos, requerendo: (1) o levantamento de parte dos valores depositados judicialmente e a conversão em renda da outra parte (f. 53/6); e (2) o pagamento da importância de R\$ 36.041,42, referente a janeiro/1997 a abril/2002, período anterior à concessão da tutela (f. 49/50). Foi determinada a citação da União, na forma do artigo 730 do CPC, com relação aos cálculos de f. 49/52, assim como a sua intimação acerca do pedido de levantamento formulado às f. 53/6.

A Fazenda Nacional foi devidamente intimada (f. 60) e citada, na forma do artigo 730 do CPC (66/7), e limitou-se a requerer "*a juntada aos autos do ofício 212/2009, da Equipe de auditoria Fiscal da Delegacia Federal de Administração Tributária de São Paulo, informando sobre a impossibilidade de efetuar os cálculos necessários em decorrência da ausência de documentos*" e "*a intimação do autor para que junte aos autos o demonstrativo das contribuições mensais vertidas pelo autor no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 e demais demonstrativos discriminados no referido ofício*".

Certificado o decurso de prazo para embargos, em 16.06.09 (f. 68), foi determinada a expedição de ofício à Banesprev, que prestou as informações pertinentes às f. 70/5. Intimados para manifestação, o autor reiterou o pedido de citação da União e de levantamento de parte dos valores depositados nos autos e, por sua vez, a Fazenda Nacional requereu a dilação do prazo para manifestação, sendo proferido o seguinte despacho: "*Fls. 452: Indefiro o pedido de citação nos*

termos do art. 730 do CPC, tendo em vista que a União Federal já foi citada e não houve embargos à execução. Em relação ao pedido de levantamento dos depósitos realizados nos autos, o mesmo será apreciado após a manifestação da União Federal. Fls. 454/456: Defiro o prazo de 60 dias, como requerido pela União Federal."

A seguir, a União requereu a conversão em renda da integralidade dos depósitos judiciais (f. 83 e 103), sendo proferida a seguinte decisão:

"Tendo em vista que não houve oposição de embargos à execução pela União Federal, o valor a ser considerado para efeito de expedição de ofício precatório ou requisitório é aquele constante da petição de fls. 406/409, ou seja, R\$ 36.041,42, para fevereiro de 2009.

Assim, ultrapassando a quantia de R\$ 27.155,64, para fevereiro de 2009, que é a data dos cálculos do exequente, está autorizada a expedição de ofício precatório.

Em relação aos depósitos judiciais existentes nos autos, verifico que as partes divergem quanto ao destino dos mesmos, visto que o autor pede o levantamento parcial dos valores em seu favor e o restante convertido em renda em favor da União Federal (410/413) e, a ré, pede a conversão total do valor em seu favor (fls. 461/479).

Assim, tendo em vista a divergência entre as partes, entendo ser necessária a remessa dos autos à contadoria judicial. Do exposto, determino a remessa dos autos à contadoria judicial, após a expedição do ofício precatório, devendo, o contador, efetuar os cálculos, referentes aos depósitos efetuados nos autos, observando-se os ofícios enviados pela BANESPREV às fls. 378/383 e 445/450, no prazo de 20 dias".

Expedido ofício requisitório (f. 125) e apresentados cálculos pela contadoria (f. 128/30), houve manifestação das partes (f. 133 e 134/141), sendo, então, proferida a decisão contra qual foi interposto o presente recurso:

"O despacho de fls. 414 determinou a citação da ré nos termos do art. 730 do CPC e a sua intimação acerca do pedido de levantamento dos valores depositados, nos termos das manifestações do autor.

A União Federal foi citada, conforme fls. 432 e intimada pessoalmente conforme fls. 417.

A manifestação de fls. 427/430, limitou-se, apenas, a informar quanto à impossibilidade de efetuar os cálculos, não especificando se se referia ao pedido de levantamento ou ao pedido de restituição, já que o despacho de fls. 414 determinou à União Federal que se manifestasse sobre dois pedidos distintos.

O decurso de prazo para oposição de embargos foi certificado em 16/06/2009 e a ré retirou os autos em carga em 04/09/2009 e em nenhum momento contestou tal ato desta Serventia. Ao contrário, limitou-se a pedir novamente prazo para manifestação.

As manifestações de fls. 461/479 e 481/499 também trataram somente acerca do pedido de levantamento e conversão dos valores depositados.

Em 18/06/2010, a ré retirou os autos em carga e, somente três meses depois devolveu os autos à Secretaria e, 01 ano após a certificação de decurso de prazo para oposição de embargos, vem questionar eventual erro deste Juízo quanto à análise da manifestação de fls. 427/430.

A União Federal foi intimada para cumprimento de duas determinações distintas. Em petição sucinta, afirmou, apenas, a impossibilidade de se manifestar sobre os cálculos.

Posteriormente, às fls. 461, a União Federal limitou-se a requerer a conversão integral em renda dos valores depositados e nada afirmou sobre os valores a serem restituídos. Se havia menção a isto nos documentos juntados com a petição, caberia à União Federal analisá-los e apontar sua conclusão na petição, o que não foi feito. Cabe à parte, e não ao juízo, garimpar, nos documentos juntados, os dados que lhe são favoráveis.

Ademais, em outros feitos que aqui tramitam versando sobre a mesma matéria discutida nestes autos, a ré, ainda que impossibilitada quanto à verificação dos cálculos apresentados pela parte autora, haja vista a complexidade da matéria, opôs embargos à execução, dentro do prazo legal, e, dentre todas as alegações, pede a juntada de novos documentos, como informações prestadas pelas empresas gestoras dos benefícios complementares, a fim de que possa dar prosseguimento ao feito, o que tem sido aceito por este Juízo.

Diante de todo o exposto, mantenho a decisão de fls. 508 que determinou a expedição de ofício precatório e defiro o pedido da União Federal para que se manifeste, expressamente, no prazo de 30 dias, independentemente de nova intimação, nos termos da Emenda Constitucional n.º 62/2010, que dispõe acerca da compensação de valores correspondentes aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública Devedora, no momento da expedição dos precatórios.

Por fim, acolho o cálculo da contadoria judicial, haja vista estar em conformidade com o julgado. Entretanto, determino o retorno dos autos à Contadoria Judicial para complementação dos cálculos apresentados, devendo informar o valor total a ser levantado pelo autor e o valor total a ser convertido pela ré, tendo em vista que os depósitos foram efetuados em uma única conta judicial, no prazo de 20 dias."

Como se observa, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da decisão agravada, pois o prazo para oposição de embargos à execução é peremptório, sendo vedada a sua modificação pelas partes, nos termos do artigo 182 do Código de Processo Civil. A propósito os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

- RESP n° 82599, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 29.08.05, p. 345: **"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ACORDO ENTRE AS PARTES LITIGANTES PARA QUE LHES FOSSE CONCEDIDO PRAZO**

SUCCESSIVO. ANUÊNCIA DO JUÍZO. PRAZO PEREMPTÓRIO DE ALARGAMENTO IMPOSSÍVEL. CPC, ART. 182. AUSÊNCIA DE PROVA DE JUSTO IMPEDIMENTO. NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. I. É vedado às partes, segundo a regra clara do art. 182 do CPC, dilatarem, por acordo, prazo peremptório, caso da apelação. II. Caso, ademais, em que o pedido para que houvesse um novo marco inicial e a concessão de prazo sucessivo foi feito quando já em curso o lapso recursal há vários dias, sem que fosse concretamente apresentado no requerimento motivo de justo impedimento, apenas mera conveniência das partes, o que não justifica o afastamento de norma cogente. III. Recurso especial não conhecido."

- ROMS nº 5490, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 08.04.02, p. 163: "**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PARA RECORRER. DILATAÇÃO DO PRAZO POR OFÍCIO DO PRESIDENTE DO TJSP. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA PEREMPTÓRIA. PRAZO LEGAL NÃO PODE SER ALTERADO PELO JUIZ. I - O prazo para a parte recorrer é legal, determinado pela lei, sendo vedado ao juiz sua fixação. É inalterável, e por isso, não pode ser prorrogado ou dilatado (art. 177, do CPC). II - O Ofício Circular em exame, ao afastar a vigência de norma de ordem pública específica sobre o cômputo dos prazos processuais, é tido como ilegal e inexistente, não podendo ser adotado ou seguido pelas partes. III - A situação fática do mandamus recorrido não foi devidamente demonstrada, uma vez que as provas pré-constituídas, hábeis a comprovarem a ilegalidade do ato, não foram concludentes. IV - Recurso desprovido."**

- AC nº 1999.03.99.115938-4, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJU de 09.09.05, p. 523: "**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. PRAZO. INTIMAÇÃO DA PENHORA. ART. 16, INCISO III, DA LEI N.º 6.830/80. INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXECUTADO. 1. É pacífico o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma no sentido de que o prazo para oposição de embargos à execução fiscal é contado a partir da intimação da penhora e não da juntada aos autos do mandado cumprido. Por força do princípio da especialidade das normas, aplica-se, in casu, o inciso III do art. 16 da Lei n.º 6.830/80 e não o inciso I do art. 738 do Código de Processo Civil. 2. O prazo para a oposição de embargos é fatal e peremptório e seu cumprimento pode e deve ser aferido ex officio pelo juiz. 3. Intimado pessoalmente o executado acerca da realização da penhora e do prazo para embargar, não há lugar para outras formas de comunicação, seja por publicação no órgão oficial, seja por expediente dirigido ao advogado. 4. Apelação desprovida."**

Na espécie, pelo exame dos autos, verifica-se que a agravante foi devidamente citada, nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil, em 27.03.09 (f. 67), com juntada do mandado aos autos em 22.04.09 (f. 65), e limitou-se a comunicar ao Juízo sobre a impossibilidade de efetuar os cálculos, haja vista a ausência dos documentos necessários (f. 61/2), razão pela qual foi certificada, nos autos, a ausência da oposição de embargos à execução, em 16.06.09 (f. 68). Não se pode considerar a petição e a informação juntadas (f. 61/2) como embargos à execução, como pretendido pela apelante, pois é patente a inexistência de qualquer forma ou conteúdo próprio de tal peça processual, que se sujeita a requisitos inerentes a uma inicial de processo judicial, donde correta e inequívoca a conclusão de que não houve, mesmo, defesa incidental no prazo legal.

Como bem ressaltou a decisão agravada, a agravante deveria ter resguardado o seu direito com a oposição, tempestiva, dos embargos à execução, e requerimento para eventual juntada dos documentos necessários à elaboração dos cálculos e posterior manifestação, e não simplesmente lançar mão de petição genérica, juntando documento fiscal, sem qualquer forma ou conteúdo que possa remeter, minimamente, à concepção de uma inicial de embargos à execução.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00012 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035655-62.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035655-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : ANTONIO RUETTE AGROINDUSTRIAL LTDA
ADVOGADO : MARCOS GABRIEL DA ROCHA FRANCO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00069758220104036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar, em mandado de segurança, pleiteada para suspender a exigibilidade dos créditos tributários apurados nos PA nºs 16007.0000100/2010-96 e 16007.000099/2010-08 e

assegurar a interposição de manifestação de inconformidade, em face de decisão administrativa que considerou não declarada a compensação de PIS/COFINS com débitos previdenciários.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a compensação não é direito oponível ao Fisco, pelo contribuinte, senão nos termos da lei, à qual incumbe definir as respectivas condições e garantias (artigo 170, CTN), tratando-se, pois, de matéria sujeita ao princípio da **legalidade**, que não pode ser violada para instituir procedimento, sem ou contra a lei, conforme a conveniência ou interesse jurídico ou econômico do contribuinte, não havendo que se cogitar, portanto, de violação a preceitos constitucionais (artigos 170, 150, IV, 37), súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (70, 323 e 547) e preceito legais (artigos 150, 156, 168 e 170, CTN). Não por outra razão, consolidou-se a jurisprudência no sentido da validade não apenas de **limitações**, impostas à compensação, por exemplo, pelas Leis 9.032/95 e 9.129/92 (AGRESP 956.635, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 29/09/2010), como de **condições** fixadas pela sucessiva legislação reguladora do procedimento. Neste sentido, respaldando a atividade legislativa, pacificou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a compensação é possível entre quaisquer tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, no regime da **Lei nº 9.430/96**, "*desde que atendida a exigência de prévia autorização daquele órgão em resposta a requerimento do contribuinte, que não podia efetuar a compensação sponte sua*" (AGRESP nº 1.003.874, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 03/11/2008); e no regime da **Lei nº 10.637/2002**, independentemente de pedido ou autorização, mas sempre com observância dos respectivos e demais requisitos legais - "*isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação*" (RESP nº 1.028.724, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 15/05/2008) -, incluindo, a partir da **LC nº 104, de 10/01/2001**, que inseriu o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, a exigência do trânsito em julgado da decisão judicial respectiva (AGRESP nº 1.061.094, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 26/11/2009).

Na hipótese, o artigo 26, parágrafo único, da **Lei 11.457/07**, determinou que "*O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei*". Disto resultando, portanto, a vedação legal à compensação de "*crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento*" (artigo 74, **Lei 9.430/96**) com "*contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição*" (artigo 2º, **Lei 11.457/07**).

Evidencia-se que a pretensão do contribuinte é garantir o direito de compensar conforme o que considera correto - aqui compensando créditos de PIS/COFINS com débitos previdenciários -, alegando que tanto o artigo 74 da **Lei nº 9.430/96** quanto o artigo 34 da **IN nº 900/98** admitem a compensação de créditos federais com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Ocorre que, como visto, há vedação específica à compensação de débitos de contribuições previdenciárias com quaisquer tributos de outra natureza, ainda que administrados pelo mesmo órgão, no caso a Receita Federal do Brasil, conforme o artigo 26, parágrafo único, da **Lei 11.457/07**, sendo que a farta jurisprudência demonstra exatamente que todo o procedimento deve ser previsto em lei, cujas condições ou limitações não podem ser presumidas inconstitucionais - inclusive a partir da premissa de que haveria um direito abstrato pré-legal de amplamente compensar - nem se verificam como ilegais, na medida em que não existe direito de compensar sem lei, antes ou fora da lei e, tampouco, contra a lei.

Especificamente a propósito da situação impugnada, firmou-se a jurisprudência nos seguintes termos:

- **AC nº 2008.71.10.0002381-5, Rel. Des. Fed. OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, D.E. de 03.06.09:**

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE PIS E COFINS COM DÉBITOS RELATIVOS À CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS E DEMAIS RENDIMENTOS PAGOS PELO EMPREGADOR. ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 11.457/07. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Lei n.º 11.457/07 unificou as Secretarias da Receita Federal e da Receita Federal Previdenciária, criando a Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2. Nada obstante a administração das contribuições previdenciárias ter passado à atribuição do novo órgão, a sistemática de compensação de tais contribuições foi excepcionada da aplicação do disposto no art. 74 da Lei n.º 9.430/96, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei n.º 11.457/07. 3. Inviável o acolhimento do pedido de compensação de créditos de PIS e COFINS decorrentes das operações de exportação realizadas pela impetrante com débitos seus, vencidos, relativos à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos pelo empregador. 4. O disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-lei n.º 2.287/86, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.196/05, que determina à autoridade fiscal que, antes de proceder à restituição de crédito reconhecido em favor do contribuinte, proceda à sua compensação com débitos previdenciários existentes (vencidos), não viola os princípios constitucionais da direito à propriedade e da vedação ao confisco, haja vista que tal determinação decorre do poder-dever da Administração Pública de zelar pelas finanças públicas, sobretudo em atendimento aos princípios que regem a seguridade social, insculpidos no art. 195, caput, da Constituição Federal. 5. Apelação não provida."

- **AC nº 2008.72.00.003708-9, Rel. Des. Fed. MARCIANE BONZANINI, D.E. de 16.09.09: "TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA**

FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VEDAÇÃO LEGAL. 1. O Código Tributário Nacional, no art. 170, prevê a compensação como modalidade de extinção do crédito tributário, a qual, todavia, somente poderá ocorrer nas condições e sob as garantias que a lei estipular, ou cuja estipulação em cada caso a lei atribuir à autoridade administrativa. Logo, a compensação não se constitui em forma ordinária de extinção do crédito tributário, mas depende das condições que a lei porventura venha a estabelecer. 2. Há disposição legal expressa (parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07) vedando a compensação dos créditos tributários em relação a tributos e contribuições administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos próprios de contribuições previdenciárias (patronal e segurados) e de contribuições arrecadadas a outras entidades (terceiros)."
- REOAC nº 2008.71.07.0020076, Rel. Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, D.E. de 01.04.09: "TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.212/91. RESTRIÇÃO. DÉBITOS DE MESMA NATUREZA E DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL. 1. Em que pese a recente unificação entre a Secretaria da Receita Federal e o INSS, com a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil pela Lei nº 11.457/2007, que passou a concentrar as atribuições de ambos os órgãos, e, por outro lado, o teor do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, que autoriza a compensação de créditos tributários do sujeito passivo com qualquer tributo ou contribuição administrado pela então Secretaria da Receita Federal, o fato é que o pedido de compensação de créditos de natureza previdenciária com outras espécies de tributos federais encontra óbice legal intransponível no parágrafo único do artigo 26 da própria Lei nº 11.457/07 que exclui expressamente as contribuições previstas no artigo 11, a, b e c, da Lei nº 8.212/91 da referida sistemática de compensação. 2. Créditos do sujeito passivo constantes de Requerimento de Restituição de Retenção (RRR) e decorrentes de contribuições destinadas ao custeio dos benefícios da Previdência Social somente podem ser compensados com débitos de mesma natureza."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00013 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030174-21.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.030174-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
AGRAVADO : FAX COML/ E PARTICIPACOES LTDA e outros
: GENOVEVA WHITAKER DE SOUZA DIAS QUINTELLA
: CARLO PORRO
: HENRIQUE DE LIMA E SOUZA
AGRAVADO : FERNANDO AUGUSTO REHDER QUINTELLA
ADVOGADO : MARCELO DE CAMPOS BICUDO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00219924220014036182 11F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão que, em execução fiscal de créditos tributários, negou o bloqueio eletrônico de valores financeiros, pelo sistema BACENJUD, condicionando a sua utilização "à prova do exaurimento das pesquisas junto ao CRVA/DETRAN, TODOS OS CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL, TELEFÔNICA, RECEITA FEDERAL, etc".

Houve antecipação dos efeitos da tutela recursal à f. 135.

Os agravados ofereceram contraminuta (f. 140/7).

DECIDO.

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

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não se caracteriza pela mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa de recolher tributos durante a gestão societária de um dos sócios, sendo necessária, igualmente, a demonstração da prática, por tal sócio, de atos de administração com excesso de poderes, infração à lei,

contrato social ou estatuto, ou da respectiva responsabilidade pela dissolução irregular da sociedade, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGA nº 1.024.572, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 22.09.08: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO -GERENTE. ART. 135 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias. 2. Precedentes da Corte: ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; Resp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005. 3. A verificação da ocorrência ou não de dissolução irregular da empresa demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula 07/STJ. 4. In casu, ao proferir sua decisão, o Tribunal de origem sustentou a ausência de provas a ensejar a responsabilidade dos sócios-gerentes, in verbis (fls. 73): Constatado, entretanto, que a Agravante não colacionou qualquer documento apto a demonstrar que a pessoa indicada exercia cargo de gerência à época da constituição do crédito tributário e que tenha sido responsável por eventual extinção irregular da pessoa jurídica. Ademais, não ficou demonstrado o esgotamento de tentativas no sentido de localização de bens de propriedade da sociedade. Assim, considerando não ter restado provado que a empresa não detém capacidade econômica para saldar seus débitos, bem como que o sócio mencionado tenha praticado outras infrações, não há como, por ora, atribuir-lhe a responsabilidade tributária. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

A propósito, aquela mesma Corte decidiu que "se a retirada do sócio ocorre em data anterior ao encerramento irregular da sociedade, tal fator não se presta a fazê-lo suportar as dívidas fiscais assumidas, ainda que contraídas no período em que participava da administração da empresa. Precedentes: REsp 651.684/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.05.2005; Resp 436.802/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 25.11.2002" (RESP nº 728.461, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 19/12/2005).

Assim igualmente concluiu esta Turma no AG nº 2007.03.00032212-3, Rel. Juiz Convocado CLÁUDIO SANTOS, DJU de 30/04/2008:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO SÓCIO-GERENTE. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que mesmo que os fatos geradores dos créditos tributários em execução fiscal tenham ocorrido na gerência de um dado sócio, este não pode sofrer o redirecionamento executivo se houve a sua retirada da sociedade antes da dissolução irregular, esta ocorrida na gestão de outros administradores. 2. Caso em que, embora os débitos fiscais tenham fatos geradores ocorridos durante a gestão do ora agravante, que se retirou da sociedade apenas em 16.04.93, e considerando que a mera inadimplência fiscal não gera responsabilidade tributária do sócio-gerente (artigo 135, III, CTN), o que revelam os autos, de relevante para a solução da controvérsia, é que a dissolução irregular somente ocorreu posteriormente, conforme o sistema de consulta fiscal por CNPJ. 3. Certo, pois, que houve atividade econômica posterior à retirada do ora agravante do quadro social da empresa, de modo que a dissolução irregular não é contemporânea à respectiva administração, para efeito de apuração de infração à legislação e responsabilidade tributária, nos termos do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. 4. Agravo inominado desprovido."

É certo, ainda, que é ônus da exequente comprovar a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou administrador, não se podendo invocar, para respaldar o redirecionamento, a regra do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 que, por colidir com a disciplina do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, não tem o condão de revogar a legislação complementar. Ao contrário, o que se revogou foi o próprio preceito invocado pela exequente, conforme revela a MP nº 449/08, ainda vigente, a revelar a manifesta impropriedade da invocação da responsabilidade tributária nas condições pretendidas pela Fazenda Nacional, como tem reiteradamente decidido esta Turma (v.g. - AG nº 2007.03.00099603-1, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 03/02/2009).

Por outro lado, encontra-se sedimentada a jurisprudência, firme no sentido de ser imprescindível, para o reconhecimento da dissolução irregular da sociedade, a apuração, por Oficial de Justiça, da respectiva situação de fato no endereço declarado nos autos, a teor do que revelam os seguintes precedentes (g.n.):

RESP nº 1.072.913, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJU de 04.03.09: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. OMISSÃO INEXISTENTE. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. 1. Não se configura ofensa ao artigo 535, II, do CPC quando o acórdão recorrido apreciou, de forma expressa e devidamente fundamentada, todos os pontos indicados pelo recorrente como omitidos. Ademais, é vedada a inovação de teses em embargos de declaração e, por tal razão, inexistente omissão em acórdão que julgou a apelação sem se

pronunciar sobre matéria não arguida nas razões do agravo de instrumento. Precedentes. 2. Controvérsia a respeito das circunstâncias em que é possível a responsabilização do sócio-gerente de empresa que figura no pólo passivo de execução fiscal pelo não-pagamento dos débitos tributários. 3. Entendimento desta Corte assentado no sentido de que a não-localização da empresa no endereço constante dos cadastros da Receita para fins de citação na execução caracteriza indício de irregularidade no seu encerramento apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio. Primeira Seção, REsp 716.412. 4. Entretanto, na espécie, ao decidir a controvérsia, o Tribunal a quo se baseou na premissa fática de que a frustração da citação se deu por simples devolução do aviso de recebimento, externando peculiaridade que afasta a presunção imediata de dissolução irregular, porquanto não houve certificação, por oficial de justiça (que tem fé pública), de que a empresa não funcionava mais no endereço fornecido, mas apenas a devolução do aviso de recebimento da citação enviada pelo correio. 5. Considerando essa particularidade e concluindo pela impossibilidade de que a presunção juris tantum de dissolução irregular decorreu de simples informação dos correios, a Segunda Turma já decidiu, recentemente, que "[...] não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa". REsp 1.017.588/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/11/2008, DJe 28/11/2008. 6. Recurso especial não-provido". RESP n° 1.017.588, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 28.11.08: "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ART. 8º, III, LEI N. 6.830/80. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 736.879-SP, de relatoria do Ministro José Delgado, publicado em 19.12.2005, firmou entendimento no sentido de fortalecimento da regra contida no art. 135, III, do CTN, do qual se extrai a previsão de que, no caso das sociedades limitadas, os administradores respondem solidariamente somente por culpa, quando no desempenho de suas funções. 2. O instituto do redirecionamento configura exceção ao princípio da autonomia da pessoa jurídica. Por esse princípio, a sociedade constitui-se em um ente distinto da pessoa dos sócios, e o seu patrimônio é responsável pelas dívidas societárias. 3. Pelo artigo 135 do CTN, a responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade. A liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. 4. No caso de dissolução irregular da sociedade, esta Corte tem o entendimento de que indícios de dissolução irregular da sociedade que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Contudo, não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa. 5. Infere-se, do artigo 8º, inciso III, da Lei n. 6.830/80, que, não sendo frutífera a citação pelo correio, deve a Fazenda Nacional providenciar a citação por oficial de justiça ou por edital, antes de presumir ter havido a dissolução irregular da sociedade. Recurso especial improvido".

No mesmo sentido, recente precedente da Turma, *verbis* (g.n.):

Ag. Inomin. em AI n° 2009.03.00.043356-2, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, julgado em 10.06.2010: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INOMINADO. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA PARA O SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA. IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR PRESUMIDA COM BASE EM CARTA CITATÓRIA DEVOLVIDA PELOS CORREIOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão deve ser mantida. II - Ressalto que tenho admitido o redirecionamento da execução fiscal nos casos em que, comprovada a impossibilidade de garantia da causa pelos meios ordinários, apresentem-se indícios da dissolução irregular da sociedade executada ou das práticas descritas no artigo 135, III, do CTN. III - No caso concreto, entretanto, não entendo estarem presentes elementos suficientes que indiquem caracterizada a situação acima referida, pois, ainda que o AR relativo à carta de citação enviada no endereço da empresa tenha sido negativo (fl. 28), inexistiram diligências adicionais no sentido de localizar a executada, como por exemplo, por meio de Oficial de Justiça. IV - Cumpra registrar que o Superior Tribunal de Justiça já há algum tempo vem se decidindo pela impossibilidade de se considerar a carta citatória devolvida pelos correios como indício cabal de dissolução irregular de sociedade, haja vista a ausência de fé pública do funcionário daquela empresa, diferentemente do que ocorre com uma certidão assinada por um oficial de justiça, por exemplo. V - Precedentes STJ (1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, RESP - 1072913, v.u., DJ: 04/03/2009) e TRF 3ª Região (Terceira Turma, AG n. 2007.03.00.104171-3, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, j. 19.06.2008, DJF3 01.07.2008). VI - Sendo assim, diante da formação de jurisprudência consolidada, inexistente razão para a modificação do entendimento inicialmente manifestado, que negou seguimento ao agravo com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil. VII - Agravo inominado improvido."

Na espécie, houve apenas a tentativa de citação via postal (f. 29), a qual restou negativa, sem qualquer diligência efetuada por Oficial de Justiça no endereço atualizado da executada, a impedir, portanto, a imediata presunção de dissolução irregular da empresa, razão pela qual deve ser afastada a inclusão do sócio no pólo passivo da ação. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso. Publique-se e oficie-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

Expediente Nro 7240/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0046585-23.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.046585-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : CEREJEIRA AUTO SERVIÇOS LTDA
ADVOGADO : EDUARDO BIRKMAN
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 97.00.13979-2 1 Vr ATIBAIA/SP

DESPACHO

Considerando-se que a fls. 103/104 a exequente requer a extinção do feito nº 946/97, tendo em vista o cancelamento da CDA nº 80.2.96.058700-14, o que foi acolhido por ocasião da sentença (fls. 137/142), intime-se a União a fim de que esclareça o motivo pelo qual vem requerer novamente a extinção da execução (processos nº 935/97 e apensos) com relação à referida CDA, conforme cópia encaminhada a este feito pelo Juízo *a quo* (fls. 182/183).

Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0032777-08.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.032777-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : MPD ENGENHARIA E INCORPORACOES LTDA
ADVOGADO : MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP

Desistência

Cuida-se de apelação interposta por MPD Engenharia e Incorporações Ltda. em face da sentença que denegou a segurança.

A fls. 497, requer a apelante "*seja homologada a desistência da Ação, bem como dos possíveis Recursos que tramitem em dependência a esta*".

Decido.

Inicialmente, há de ser indeferido o pedido de desistência da ação.

Outrora, nesta Turma, manifestei-me no sentido de que, em se tratando de mandado de segurança, seria possível à impetrante desistir da ação a qualquer tempo e sem a anuência da autoridade impetrada, sendo que, por sua natureza, não se configuraria o *writ* em uma lide propriamente dita, comportando apenas a discussão quanto à legalidade ou não de determinado ato, tido por coator, não se prestando a discutir e constituir ou desconstituir direitos.

Ocorre que, alinhando-me com recente julgado do C. Supremo Tribunal Federal, e convencido da excelência dos argumentos nele esposados, revi meu posicionamento, passando a entender que, após proferida decisão julgando o mérito da causa, não há que se falar em desistência do mandado de segurança, sendo que tal significaria revogar, por mera disposição de vontade da parte, pronunciamento de mérito emitido pelo Poder Judiciário (STF, Ag.Reg no Ag.Reg no Agravo de Instrumento nº 221.462-7/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, v.u., J. 7/8/07, DJ 24/8/07).

Assim, limito-me a homologar o pedido de desistência da apelação, para que produza seus regulares efeitos, nos termos do art. 501 do Código de Processo Civil e do art. 33, VI, do Regimento Interno desta Corte.

Incabíveis os honorários advocatícios a teor das Súmulas 512-STF e 105-STJ.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002180-42.2001.4.03.6108/SP
2001.61.08.002180-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : JABU ENGENHARIA ELETRICA LTDA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : Serviço Brasileiro de Apoio as Micros e Pequenas Empresas SEBRAE/DF
ADVOGADO : LARISSA MOREIRA COSTA e outro
No. ORIG. : 00021804220014036108 2 Vr SAO CARLOS/SP

DECISÃO

Cuida-se de ação proposta pelo rito ordinário em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas empresas - SEBRAE, objetivando a suspensão da exigibilidade da contribuição ao SEBRAE, instituída pela Lei n. 8.029/1990, com redação dada pela 8.154/1990, e requerendo a compensação dos valores indevidamente recolhidos corrigidos monetariamente com parcelas vincendas arrecadadas pelo INSS (valor atribuído à causa: R\$ 314,86 em 2/3/2001).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido, tendo sido interposto agravo de instrumento (AI 0031904-82.2001.4.03.0000) pela autora, ao qual foi negado provimento.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado desde a data do ajuizamento a ser rateado entre os réus em igual proporção.

A autora apela, alegando a inconstitucionalidade da exação e o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos. Por fim, aduz que o prazo prescricional para o contribuinte pedir a restituição dos valores recolhidos indevidamente é decenal.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Decido.

O Relator está autorizado a negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (artigo 557, *caput*, do CPC).

É o caso dos autos.

A Constituição da República cuida, em seu Título VI, "Da Tributação e Do Orçamento", título este que se divide em dois Capítulos, o "Do Sistema Tributário Nacional" - artigos 145 ao 162 - e o "Das Finanças Públicas" - artigos 163 ao 169.

É no Capítulo I - Do Sistema Tributário Nacional - que a Constituição prescreve o arquétipo geral das diversas espécies tributárias, e mais especificamente no artigo 149 estabelece a norma-matriz das contribuições parafiscais:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

São três as contribuições previstas: (i) contribuições sociais (de seguridade social; outras de seguridade social; e sociais gerais); (ii) de intervenção; e as (iii) corporativas.

Com fundamento no transcrito artigo 149, e para atender a política de apoio às micro e pequenas empresas (artigos 170, IX, e 179 da Carta Maior), o legislador instituiu um adicional às alíquotas das contribuições sociais devidas às entidades do sistema "S" (SENAI, SENAC, SESI e SESC), destinando sua arrecadação ao SEBRAE, conforme § 3º, do art. 8º da Lei n. 8.029/1990 e alteração da Lei n. 8.154/1990, já na redação da Lei n. 11.080, de 2004:

"Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa - Cebrae, mediante sua transformação em serviço social autônomo.

§ (...)

§ (...)

§ 3o Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1o do Decreto-Lei no 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

a) um décimo por cento no exercício de 1991;

b) dois décimos por cento em 1992; e

c) três décimos por cento a partir de 1993."

Foi instituída, em verdade, uma contribuição nova, de intervenção no domínio econômico, já que possui a destinação específica de subsidiar as políticas de promoção de exportações e apoio às micro e pequenas empresas, cabendo ao SEBRAE realizar e implementar referidas políticas.

Ressalta-se que a destinação ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações APEX-BRASIL não desnatura a contribuição em tela, já que visa "promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos" (art. 1º da Lei n. 10.668/2003).

Assim, a contribuição ao SEBRAE, por ser de natureza diversa, não se confunde com as contribuições sociais a que se referem os artigos 195 e 240 da CF.

De qualquer forma, tratando-se de contribuição, sua instituição pode se dar por meio de lei ordinária, sendo prescindível sua criação por lei complementar, uma vez que o artigo 149 da CF apenas exige, para sua instituição, seja observado o disposto no seu artigo 146, III, mais especificamente naquilo que tange à obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Neste sentido são inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal (RE 138284/CE - Ceará, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 1/7/1992, DJ 28/8/1992, pág. 13456; RE 146733/SP - São Paulo - Rel. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 29/6/1992, DJ 6/11/1992, pág. 20110; ADC 3/UF - União Federal - Rel. Ministro Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. 1/12/1999, DJ 9/5/2003, pág. 00043).

Acresça-se também que, como contribuição de intervenção no domínio econômico, dispensa seja o contribuinte diretamente beneficiado com o produto de sua arrecadação, bastando que seja aplicado em conformidade com a finalidade de sua instituição. Ou seja, por ser contribuição de intervenção no domínio econômico, sua cobrança independe (i) de um benefício direto a todos os seus contribuintes; (ii) do porte da empresa ou (iii) da atividade econômica praticada.

Assim, trata-se de contribuição nova de intervenção no domínio econômico, de natureza diversa das contribuições sociais previstas no artigo 240 da CF, sendo que sua cobrança não fica limitada às empresas sujeitas ao recolhimento das contribuições ao SESI/SENAI/SESC/SENAC, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86 (RE 396.266/SC).

A corroborar o posicionamento ora externado, colaciono o entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no referido RE 396.266/SC:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

1. As contribuições do art. 149, C.F. contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

2. A contribuição do SEBRAE Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

3. Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

4. R.E. conhecido, mas improvido. "

(STF, Pleno, RE n. 396.266/SC, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 26/11/2003)

Desse modo, considero que o legislador observou as normas constitucionais de regência ao instituir a contribuição ao SEBRAE, que deve ser suportada por todas as empresas, conforme determinação legal.

Assim, sendo devida a contribuição em comento, resta prejudicada a análise da questão da prescrição alegada na apelação.

Ante o exposto, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, caput, do CPC.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000273-11.2001.4.03.6115/SP
2001.61.15.000273-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : JABU ENGENHARIA ELETRICA LTDA
ADVOGADO : ADIRSON DE OLIVEIRA JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : Serviço Brasileiro de Apoio as Micros e Pequenas Empresas SEBRAE/DF
ADVOGADO : PAULO RICARDO BRINCKMANN OLIVEIRA e outro
No. ORIG. : 00002731120014036115 2 Vr SAO CARLOS/SP

DECISÃO

Cuida-se de ação proposta pelo rito ordinário em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas empresas - SEBRAE, objetivando a suspensão da exigibilidade da contribuição ao SEBRAE, instituída pela Lei n. 8.029/1990, com redação dada pela 8.154/1990, e requerendo a compensação dos valores indevidamente recolhidos corrigidos monetariamente com parcelas vincendas arrecadadas pelo INSS (valor atribuído à causa: R\$ 19.907,46 em 1/3/2001).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido, tendo sido interposto agravo de instrumento (AI 0014303-63.2001.4.03.0000) pela autora, ao qual foi negado provimento.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado desde a data do ajuizamento a ser rateado entre os réus em igual proporção.

A autora apela, alegando a inconstitucionalidade da exação e o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos. Por fim, aduz que o prazo prescricional para o contribuinte pedir a restituição dos valores recolhidos indevidamente é decenal.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Decido.

O Relator está autorizado a negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (artigo 557, *caput*, do CPC).

É o caso dos autos.

A Constituição da República cuida, em seu Título VI, "Da Tributação e Do Orçamento", título este que se divide em dois Capítulos, o "Do Sistema Tributário Nacional" - artigos 145 ao 162 - e o "Das Finanças Públicas" - artigos 163 ao 169.

É no Capítulo I - Do Sistema Tributário Nacional - que a Constituição prescreve o arquétipo geral das diversas espécies tributárias, e mais especificamente no artigo 149 estabelece a norma-matriz das contribuições parafiscais:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo."

São três as contribuições previstas: (i) contribuições sociais (de seguridade social; outras de seguridade social; e sociais gerais); (ii) de intervenção; e as (iii) corporativas.

Com fundamento no transcrito artigo 149, e para atender a política de apoio às micro e pequenas empresas (artigos 170, IX, e 179 da Carta Maior), o legislador instituiu um adicional às alíquotas das contribuições sociais devidas às entidades do sistema "S" (SENAI, SENAC, SESI e SESC), destinando sua arrecadação ao SEBRAE, conforme § 3º, do art. 8º da Lei n. 8.029/1990 e alteração da Lei n. 8.154/1990, já na redação da Lei n. 11.080, de 2004:

"Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa - Cebrae, mediante sua transformação em serviço social autônomo."

§ (...)

§ (...)

§ 3o Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1o do Decreto-Lei no 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

a) um décimo por cento no exercício de 1991;

b) dois décimos por cento em 1992; e

c) três décimos por cento a partir de 1993."

Foi instituída, em verdade, uma contribuição nova, de intervenção no domínio econômico, já que possui a destinação específica de subsidiar as políticas de promoção de exportações e apoio às micro e pequenas empresas, cabendo ao SEBRAE realizar e implementar referidas políticas.

Ressalta-se que a destinação ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações APEX-BRASIL não desnatura a contribuição em tela, já que visa "*promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos*" (art. 1º da Lei n. 10.668/2003).

Assim, a contribuição ao SEBRAE, por ser de natureza diversa, não se confunde com as contribuições sociais a que se referem os artigos 195 e 240 da CF.

De qualquer forma, tratando-se de contribuição, sua instituição pode se dar por meio de lei ordinária, sendo prescindível sua criação por lei complementar, uma vez que o artigo 149 da CF apenas exige, para sua instituição, seja observado o disposto no seu artigo 146, III, mais especificamente naquilo que tange à obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Neste sentido são inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal (RE 138284/CE - Ceará, Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 1/7/1992, DJ 28/8/1992, pág. 13456; RE 146733/SP - São Paulo - Rel. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 29/6/1992, DJ 6/11/1992, pág. 20110; ADC 3/UF - União Federal - Rel. Ministro Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. 1/12/1999, DJ 9/5/2003, pág. 00043).

Acresça-se também que, como contribuição de intervenção no domínio econômico, dispensa seja o contribuinte diretamente beneficiado com o produto de sua arrecadação, bastando que seja aplicado em conformidade com a finalidade de sua instituição. Ou seja, por ser contribuição de intervenção no domínio econômico, sua cobrança independe (i) de um benefício direto a todos os seus contribuintes; (ii) do porte da empresa ou (iii) da atividade econômica praticada.

Assim, trata-se de contribuição nova de intervenção no domínio econômico, de natureza diversa das contribuições sociais previstas no artigo 240 da CF, sendo que sua cobrança não fica limitada às empresas sujeitas ao recolhimento das contribuições ao SESI/SENAI/SESC/SENAC, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86 (RE 396.266/SC).

A corroborar o posicionamento ora externado, colaciono o entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no referido RE 396.266/SC:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

1. As contribuições do art. 149, C.F. contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de "outras fontes", é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

2. A contribuição do SEBRAE Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F.

3. Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

4. R.E. conhecido, mas improvido. "

(STF, Pleno, RE n. 396.266/SC, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 26/11/2003)

Desse modo, considero que o legislador observou as normas constitucionais de regência ao instituir a contribuição ao SEBRAE, que deve ser suportada por todas as empresas, conforme determinação legal.

Assim, sendo devida a contribuição em comento, resta prejudicada a análise da questão da prescrição alegada na apelação.

Ante o exposto, nego seguimento à apelação, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006964-88.1988.4.03.6182/SP
2007.03.99.039170-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : SECURIT S/A
ADVOGADO : JOSE ROBERTO MAZETTO
: FRANCINE TAVELLA DA CUNHA
No. ORIG. : 88.00.06964-9 3F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 181/182: Tendo em vista as disposições da Lei nº 11.941/2009, intime-se a apelada a fim de que esclareça se estaria renunciando ao direito sobre o qual se funda a ação, juntando, ainda, o instrumento de mandato com poderes específicos para tal, uma vez que, não obstante o substabelecimento de fls. 177/179, a procuração de fls. 43 não conferia referidos poderes.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037790-04.2002.4.03.9999/SP
2002.03.99.037790-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : SANWEI IND/ DE CONTAINERS LTDA
ADVOGADO : YOSHISHIRO MINAME
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 97.00.00091-3 A Vr TABOAO DA SERRA/SP

DESPACHO

Considerando-se o julgamento dos embargos de declaração ocorrido em 9/9/2010 (fls. 205/206v), bem como a inexistência de outros recursos, deixo de apreciar o pedido de fls. 209/210, formulado em 30/9/2010.

Ressalte-se, outrossim, que o Dr. Yoshishiro Miname não possui poderes específicos para renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

Decorrido o prazo processual, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001141-06.2006.4.03.6182/SP
2006.61.82.001141-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT
ADVOGADO : JOSE ROBERTO PADILHA e outro
APELANTE : Prefeitura Municipal de Sao Paulo SP
ADVOGADO : RODRIGO DE SOUZA PINTO e outro
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00011410620064036182 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de dupla apelação, em face de sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pela Municipalidade de São Paulo, para cobrança de taxa de licença, localização, funcionamento e instalação, arbitrada a verba honorária em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Apelou a ECT, pela reforma parcial da r. sentença, alegando, em suma, que os honorários advocatícios foram fixados de forma insignificante, frente o valor da causa de R\$ 2.527,86, pelo que requereu a fixação do referido valor entre 10% e 20% sobre o valor da causa, com a devida correção monetária.

Por sua vez, recorreu a Municipalidade, sustentado, em suma: (1) que o tributo refere-se à taxa de fiscalização, localização, instalação e funcionamento, em conformidade com os artigos 77 e 78 do CTN; (2) a base de cálculo da Taxa de Fiscalização, Localização, Funcionamento e Instalação questionada é o custo que o Município de São Paulo tem para exercer o poder de polícia, através da fiscalização dos contribuintes instalados em seu território; (3) "*no tocante ao número de empregados, critério utilizado como base de cálculo do tributo, não pode ser considerado ilegal ou inconstitucional, pois não foi adotado para cobrança de impostos e não leva em consideração o capital da empresa*"; e (4) "*tal critério é objetivo, pois quanto maior o número de empregados, maior a atuação reclamada do Poder Público e maior, conseqüentemente, a intensidade da ação fiscalizadora*".

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se pacificada a jurisprudência firme no sentido de que é ilegítima a cobrança da Taxa de Licença, Localização, Funcionamento e Instalação, uma vez que a base de cálculo é o número de empregados do estabelecimento, violando, assim, as regras dos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

- RE nº 202.393, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 24.10.97, p. 54176: "TAXA - LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL E COMERCIAL - BASE DE CÁLCULO - NÚMERO DE EMPREGADOS. Não se coaduna com a natureza do tributo o cálculo a partir do número de empregados - Precedente: Recurso Extraordinário nº 88.327, relatado pelo Ministro Décio Miranda, perante o Tribunal Pleno, tendo sido publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 91/967."

- RESP nº 733.411, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 13.08.07, p. 355: "TRIBUTÁRIO - TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - BASE DE CÁLCULO. 1. Em relação à alínea "b", a nova redação dada ao permissivo constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004 transferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento de recurso contra decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, "d" da CF). 2. Competência do STJ quanto à alínea "b" mantida em relação aos recursos especiais já interpostos antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, porquanto a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida, preservando-se a competência recursal do Tribunal respectivo. Precedentes do STF e da Primeira Seção do STJ (Resp 598.183/DF). 3. A base de cálculo da taxa impugnada não pode variar em função do número de empregados ou da quantidade de equipamentos existentes no estabelecimento sujeito ao poder de polícia. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso especial conhecido e provido."

- RESP nº 172.222, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 19.05.03, p. 148: "TRIBUTÁRIO. TAXA. FISCALIZAÇÃO, LOCALIZAÇÃO, FUNCIONAMENTO E INSTALAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. NÚMERO DE EMPREGADOS. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. 1. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, com a qual o acórdão recorrido está em desacordo, é defeso ao município instituir a taxa de fiscalização, localização, instalação e funcionamento com base no número de empregados do estabelecimento. 2. Recurso especial conhecido e provido."

- AC nº 1999.35.00.004228-3, Rel. Des. Fed. LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, DJU de 04.05.07, p. 192: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. MUNICÍPIO DE GOIÂNIA. FATO GERADOR. NÚMERO DE EMPREGADOS. OFENSA CTN. 1. A cobrança da Taxa de Localização e Funcionamento, cuja base de cálculo é o número de empregados do estabelecimento, não tem qualquer relação com a atividade estatal, contrariando o disposto no artigo 77 do CTN. 2. Apelação e remessa oficial improvidas."

- AC nº 1997.35.00.011498-0, Rel. Des. Fed. ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA, DJU de 19.12.06, p. 98: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LICENÇA PARA FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL E INDUSTRIAL. MUNICÍPIO DE GOIÂNIA. BASE IMPONÍVEL. NÚMERO DE EMPREGADOS. ILEGITIMIDADE. 1. Cabível a instituição de taxa para licença de funcionamento pelo Município com base no exercício do poder de polícia, (art. 145, II, da CF). 2. Entretanto, a base de cálculo da taxa deve vincular-se ao fato gerador do tributo, no caso, o exercício do poder de polícia. 3. O número de empregados não pode servir de base de cálculo da taxa municipal de licença para funcionamento, a teor dos arts. 77 e 78 do CTN, por não mensurar o custo da atividade estatal. Precedentes do STF e desta Turma. 4. Apelação e remessa não providas."

Neste mesmo sentido, decidiu a Turma, em precedente de que fui relator, no julgamento da AC nº 2005.61.26.005927-3, DJF3 de 09/06/09, p. 145, com a ementa assim lavrada:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LICENÇA, LOCALIZAÇÃO, FUNCIONAMENTO E INSTALAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO NÚMERO DE EMPREGADOS DO ESTABELECIMENTO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. PACÍFICA

JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. Pacificada a jurisprudência firme no sentido de que é ilegítima a cobrança da Taxa de Licença, Localização, Funcionamento e Instalação, uma vez que a base de cálculo é o número de empregados do estabelecimento, violando, assim, as regras dos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional. 2. Não se trata, na espécie, de imunidade em relação a taxas, mas de ilegalidade da taxa, cuja base de cálculo não se coaduna com a exigida pelo Código Tributário Nacional. 3. Agravo inominado desprovido."

Certo, pois, que é devida a verba honorária a embargante, tendo sido arbitrado valor fixo que se amolda aos critérios do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, não sendo excessivo para efeito de redução, sob de pena de aviltamento da atividade profissional do patrono da parte vencedora da demanda.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelações.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0020583-11.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.020583-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : LAIS PACHECO DE MOURA
ADVOGADO : FUAD ABBUD JUNIOR
INTERESSADO : INFOTRENDS DO BRASIL SISTEMAS E COM/ LTDA
No. ORIG. : 06.00.00124-5 A Vr COTIA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em embargos de terceiro, acolhidos para anular a penhora sobre imóvel, reconhecido como sendo bem de família, fixada a verba honorária em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Apelou a embargada, alegando, em suma, que: (1) a penhora recaiu sobre 50% do imóvel do co-executado Almério de Moura, sem atingir a meação da apelada; (2) não pode ela alegar que o bem como um todo é de família, pois só se pode considerar como bem de família a sua parte, não penhorada; (3) *"este imóvel já foi dividido entre eles na separação consensual, cada um ficando com 50% do imóvel, não podendo assim, a apelada impedir que o seu ex-cônjuge venda a sua parte, por exemplo. Caberia a ela comprar a parte dele, para ser considerado o imóvel como um todo, bem de família, ou poderia vender a parte que lhe cabe e comprar um outro imóvel"* e (4) cabe a reforma da sentença, *"de forma a possibilitar a alienação do bem penhorado, no âmbito da execução fiscal, respeitado o direito da apelada de receber a metade do montante alcançado na hasta pública"*.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, dispõe expressamente o artigo 1º da Lei nº 8.009/90 que o *"imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários ou nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei."*

A penhora somente pode recair sobre imóvel residencial quando se tratar de execução relativa aos créditos especificados no artigo 3º, ou na situação descrita nos artigos 4º e 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, o que não é o caso dos autos.

Cumprе ressaltar, outrossim, que a legislação revela que a garantia da impenhorabilidade deve atingir o imóvel em que, efetivamente, reside a entidade familiar (caput do artigo 5º da Lei nº 8.009/90), ainda que outros sejam de propriedade do executado, caso em que ficam, estes outros, liberados para a penhora, com a ressalva de que, em sendo vários os utilizados simultaneamente como residência, o benefício do artigo 1º incide apenas sobre aquele de menor valor, se não houver registro de destinação, em sentido contrário, no Cartório de Imóveis (parágrafo único do artigo 5º).

Na espécie, encontra-se suficiente e patentemente demonstrado que o imóvel penhorado na proporção de 50% (matrícula 12.879, localizado na rua Diana, 675, apto 23 - São Paulo - SP), tem natureza e uso residencial, estando ali estabelecida a morada da embargante (f. 18, 22 e 76), sem qualquer comprovação do contrário pela apelante, corroborando a conclusão de que o imóvel goza da prerrogativa legal da impenhorabilidade.

Ao contrário do que alegado pela apelante, encontra-se firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que a impenhorabilidade do imóvel, sendo indivisível em virtude do reconhecimento do bem ser de família, beneficia a inteireza do bem, prejudicando a alienação em hasta pública.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- **AGRESP nº 480.506, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 26.02.07: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO MOVIDA AO CÔNJUGE VARÃO. LEI N. 8.009/90 SUSCITADA PELO EXECUTADO E REJEITADA POR DECISÃO JÁ PRECLUSA. EMBARGOS DE TERCEIRO DA ESPOSA MEEIRA. REAVIVAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 205-STJ. I. Inobstante afastada pela instância ordinária, com decisão preclusa, a aplicação da Lei n. 8.009/90 à penhora havida nos autos da execução movida ao cônjuge varão, tem-se que a questão pode ser reavivada em embargos de terceiro opostos pela esposa do devedor, que não integrava aquele processo. II. Proteção que atinge a inteireza do bem, ainda que derivada apenas da meação da esposa, a fim de evitar a frustração do escopo da Lei nº 8.009/90, que é a de evitar o desaparecimento material do lar que abriga a família do devedor. III. Agravo desprovido."**

- **RESP nº 218.377, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 11.09.00: "EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL RESIDENCIAL. DEVEDOR SEPARADO JUDICIALMENTE QUE MORA SOZINHO. - Com a separação judicial, cada ex-cônjuge constitui uma nova entidade familiar, passando a ser sujeito da proteção jurídica prevista na Lei nº 8.009, de 29.03.90. Recurso especial não conhecido."**

- **RESP nº 56.754, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 21.08.00: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO MOVIDA AO CÔNJUGE VARÃO. LEI N. 8.009/90 SUSCITADA PELO EXECUTADO E REJEITADA POR DECISÃO JÁ PRECLUSA. EMBARGOS DE TERCEIRO DA ESPOSA MEEIRA. REAVIVAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 205-STJ. I. Inobstante afastada pela instância ordinária, com decisão preclusa, a aplicação da Lei n. 8.009/90 à penhora havida nos autos da execução movida ao cônjuge varão, tem-se que a questão pode ser reavivada em embargos de terceiro opostos pela esposa do devedor, que não integrava aquele processo. II. "A Lei nº 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência" (Súmula nº 205 do STJ). III. Proteção que atinge a inteireza do bem, ainda que derivada apenas da meação da esposa, a fim de evitar a frustração do escopo da Lei nº 8.009/90, que é a de evitar o desaparecimento material do lar que abriga a família do devedor. IV. Recurso conhecido e provido, para afastar a penhora."**

AC nº 2001.71.06.000120-0, Rel. Des. Fed. TAÍS SCHILLING FERRAZ, D.E. de 04.09.07: "EMBARGOS DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE. DEFESA DA POSSE. BEM DE FAMÍLIA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE O EXECUTADO E O IMÓVEL PENHORADO. 1. Não sendo a embargante executada, está legitimada para opor embargos de terceiro para a defesa da posse do bem de que é promitente compradora. 2. Situação que não caracteriza defesa da meação, mas de impenhorabilidade do bem como um todo, pois a embargante não mais mantém relação conjugal com o executado, calcando-se a defesa da posse na condição de promitente-compradora do imóvel e na qualidade de bem de família. 3. Sendo a embargante, isoladamente, promitente compradora do imóvel, onde reside com sua filha e estando separada de fato do executado, consoante farta prova documental, deve ser a ela assegurado o benefício previsto na Lei 8.009/90. 4. Norma protetiva a que se tem atribuído natureza abrangente, para contemplar hipóteses em que, diante da separação judicial, surgem novos núcleos familiares formados pelos ex-cônjuges, ainda que individualmente. Precedentes do STJ. 5. Impenhorabilidade que, se pode ser argüida pelo executado, com muito mais razão, poderá ser oposta por quem não é devedor e não obteve benefício com o endividamento."

AC nº 2001.72.00.008767-0, Rel. Des. Fed. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJ de 05.04.06: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE. MEAÇÃO. RESGUARDO. PENHORA. INTIMAÇÃO. CÔNJUGE. FINALIDADE. IMPENHORABILIDADE. 1 - Não há nulidade da penhora, eis que a cônjuge do executado foi devidamente intimada da penhora do bem imóvel pelo Oficial de Justiça juntamente com o executado, conforme certidão de fl. 09, v., sendo que tal certidão goza de presunção de veracidade. 2 - A Turma, na esteira da Súmula nº 251 do STJ, entende que a meação do cônjuge do executado deve ser resguardada, quando penhorado bem do casal, só respondendo pelas dívidas se o credor provar que os benefícios econômicos da infração do executado foram auferidas pelo cônjuge também. 3 - Como o imóvel penhorado na execução ora embargada pertence à embargante, cabendo ao executado outros bens, dentre eles um imóvel, conforme acordo de separação homologado de fls. 124 a 126, deveria o referido bem ser parcialmente liberado da constrição, a fim de resguardar a meação da apelante, mantendo-se a constrição no tocante à meação do executado. Todavia, como o imóvel objeto da constrição para garantia do juízo da execução fiscal é impenhorável, posto que residencial, constituindo-se em bem de família, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.009/90, deve ser integralmente liberado da penhora. 4 - Após a separação, cada cônjuge passa a constituir uma nova entidade familiar, merecendo a proteção jurídica da Lei nº 8.009/90. 5 - Sem condenação em custas e em honorários advocatícios. 6 - Apelação parcialmente provida."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00009 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0015694-58.2006.4.03.6182/SP
2006.61.82.015694-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
EMBARGADO : DECISÃO DE FLS.
INTERESSADO : BACHERT INDL/ LTDA massa falida
ADVOGADO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS e outro
SINDICO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS
INTERESSADO : RENATO FRANCHI e outros
: MARLENE BACHERT TORRES
: RUBENS BACHERT
: RONALDO TORRES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00156945820064036182 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Vistos etc.

Trata-se de embargos de declaração contra provimento à apelação e à remessa oficial, que afastou a prescrição e, prossequindo no exame dos demais fundamentos da ação, *ex vi* do artigo 515, §§ 1º e 2º, do CPC, acolheu em parte os embargos do devedor, fixada a sucumbência recíproca, com a condenação da Fazenda Nacional em verba honorária de 10% sobre o valor atualizado do montante excluído da execução fiscal, em contrapartida ao encargo do Decreto-lei nº 1.025/69.

Alegou, em suma, a embargante: (1) que houve omissão quanto à compensação das condenações em honorários advocatícios, prevista na segunda parte do *caput* do artigo 21 do CPC, principalmente porque, encontrando-se falida a executada, revela-se "*provável a ausência de frutos na arrecadação de bens dentro do processo falimentar que está garantindo os autos principais*"; e (2) a ocorrência de *reformatio in pejus*, já que a verba honorária fixada pela r. sentença em R\$500,00 não foi objeto de apelo da executada; pelo que foi requerido o suprimento.

DECIDO.

Os embargos de declaração devem ser rejeitados, pois não se cuida de arbitramento judicial de verba honorária, no caso da Fazenda Nacional, pois se lhe aplica o encargo legal, previsto diretamente no Decreto-lei 1.025/69, bem ao contrário do que sucede com a verba honorária do executado, que foi fixada com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, sobre o valor a ser excluído do montante executado.

Também inexistente omissão diante da proibição de *reformatio in pejus*, primeiramente porque não demonstrado que a verba honorária fixada pela decisão embargada seja superior ao da sentença e, ainda que estivesse provada, é clara a inexistência de vício, pois houve reforma da sentença originária a pedido da própria Fazenda Nacional, cuja apelação foi provida para afastar a prescrição e, portanto, os demais pontos dos embargos do devedor foram devolvidos para o reexame do Tribunal, conforme o artigo 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, cabendo a definição da sucumbência à luz do alcance do provimento final estabelecido a partir da inteireza da pretensão e do resultado definido.

Se tal solução é ilegal, cabe à embargante discutir na via própria e não em embargos declaratórios, que não se presta ao mero reexame da causa, por discordância da embargante com o resultado do julgamento.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00010 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0010068-81.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.010068-2/SP

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SIMONE APARECIDA VENCIGUERI AZEREDO e outro
APELANTE : DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA DE FISCALIZACAO DE SAO PAULO
(DEFIC)

APELADO : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS OPERADORAS DE SISTEMAS DE TELEVISAO POR ASSINATURA
ADVOGADO : MARIA ANDREIA FERREIRA DOS SANTOS SANTOS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu a ordem, em mandado de segurança, para "o fim de reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante à compensação dos valores recolhidos a título de contribuição para a COFINS, em razão da isenção das receitas decorrentes das atividades que lhe são próprias e do inconstitucional alargamento da base de cálculo pela Lei nº 9.718/98, a partir da competência de fevereiro de 1999, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação determinada pela Lei nº 10.637/02", com atualização monetária pela taxa SELIC.

Apelou a Fazenda Nacional pela reforma, alegando, em suma, que: (1) a Lei nº 9.718/98 não padece de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade, e que a tributação é, pois, plenamente exigível, tal como instituída; (2) não é possível a compensação nos moldes postulados; e (3) não incide a taxa SELIC em sede de compensação tributária. Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela reforma parcial da r. sentença.

A Turma, na sessão de 04/09/08, proferiu acórdão com o seguinte teor:

"TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - COFINS - ISENÇÃO DE SINDICATO - SOMENTE RECEITAS DE ATIVIDADES PRÓPRIAS - BASE DE CÁLCULO - LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 3º, § 1º - CONCEITO DE FATURAMENTO - INCONSTITUCIONALIDADE - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA - PRESCRIÇÃO PARCIAL - SELIC.

I - A legitimidade da majoração de alíquota pelo artigo 8º da Lei nº 9.718/98, mencionada no parecer ministerial nesta instância, não é objeto da pretensão formulada nesta ação.

II - O artigo 14, inciso X, c.c. artigo 13, V, ambos da Medida Provisória nº 1.858-6, de 29.06.1999, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 2.158/35, de 24.08.2001, esta ainda em tramitação por força da Emenda Constitucional nº 32/2001, art. 2º, estabeleceu isenção da COFINS, a partir de 01.02.1999, em relação às receitas relativas às atividades próprias dos sindicatos, federações e confederações.

III - Não há isenção quanto às receitas advindas das atividades impróprias do sindicato.

IV - O C. STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que pretendia alterar a noção do termo faturamento que estava previsto na legislação como sendo a receita bruta da venda de mercadorias e serviços, mesmo que não acompanhadas de fatura, com este significado tendo sido contemplado pela Constituição Federal de 1988 e, assim, não pode a lei tributária modificar tal definição, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional, e ainda, se a norma legal não encontra amparo no texto original do inciso I do artigo 195 da CF/88 (dentro da expressão faturamento), é irrelevante que tenha sido promulgada posteriormente a EC nº 20/98, que alterou o inciso I do artigo 195 da Constituição da República para incluir, como base de cálculo das contribuições devidas pelos empregadores, a receita bruta, pois ela não tem o poder de convalidar as normas legais anteriormente editadas com a eiva de inconstitucionalidade (STF, Pleno, maioria. RE 390840/MG. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, J. 09/11/2005, DJ 15-08-2006, p. 25; EMENT 2242-03, p. 372). Portanto, fica afastada a incidência do impugnado § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 para toda e qualquer empresa, quanto à COFINS, contribuição que deve ser recolhida nos termos da legislação anterior, sem esta alteração do conceito de faturamento reputada inconstitucional.

V - A impetrante tem direito ao ressarcimento pelos recolhimentos indevidos comprovados pelas guias juntadas a estes autos.

VI - Esta Terceira Turma firmou o entendimento pela prescrição quinquenal, ao fundamento de que o artigo 168 do Código Tributário Nacional estabelece o prazo de 5 (cinco) anos para a extinção do direito de o contribuinte pleitear a restituição ou compensação do tributo pago indevidamente ou a maior, determinando, assim, a contagem do prazo prescricional a partir da data da extinção do crédito tributário, ou seja, a partir do pagamento, inclusive daqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação. Aplicando este entendimento à hipótese dos autos, os recolhimentos indevidos anteriores a 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação (13.04.2004) foram alcançados pela prescrição, o que atingiu parte dos alegados créditos da autora.

VII - Entendimento assente desta Terceira Turma de que com a edição da Lei nº 9.430/96, passaram a existir simultaneamente dois regimes legais de compensação, quais sejam: 1) O regime da Lei n. 8.383/91, alterada pela Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995, e pela Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que disciplina compensação de tributos da mesma espécie e destinação constitucional; 2) O regime da Lei n. 9.430/96, que dispõe sobre a compensação de tributos de espécies e destinações diferentes, administrados pela Receita Federal, mediante requerimento ao órgão administrativo, sendo que a partir das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 tal compensação deve ser realizada por iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, com o efeito de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. Seguindo tal raciocínio, a Lei nº 9.430/96 não revogou o artigo 66 da Lei nº 8.383/91 e o artigo 39 da

Lei nº 9.250/95, sendo instituído, então, os citados dois regimes autônomos de compensação, sujeito cada qual a requisitos e procedimentos distintos.

VIII - Deste modo, pelo entendimento da Turma não se pode aplicar à espécie a Lei 9430/96, inclusive com a alteração promovida pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 para permitir a compensação por iniciativa do contribuinte para posterior homologação da Administração, sob o fundamento (i) da inaplicabilidade do direito superveniente e (ii) tendo em vista que a opção pelo pedido de compensação na via judicial exclui o direito previsto na Lei 9.430/96 restrito à via administrativa.

IX - Nestes termos, há possibilidade de compensação dos valores recolhidos indevidamente nos termos da Lei 9718/98 somente com parcelas da mesma exação, nos termos da Lei 8.383/91, restando ao contribuinte o direito de efetuar, na via administrativa, a compensação do crédito aqui reconhecido, com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da Lei 9.430/96, alterada pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. Deste modo, os créditos da COFINS serão compensadas com a própria COFINS.

X - Incidência da taxa SELIC, como índice de correção monetária e juros de mora, conforme determinação do artigo 39, § 4º da Lei 9250/95.

XI - Segurança parcialmente concedida, reconhecendo o direito de compensação apenas quanto aos valores recolhidos indevidamente nos termos da Lei nº 9.718/98, observadas as regras de prescrição e de compensação do indébito acima determinadas.

XII - Parcial provimento à apelação da União Federal (para determinar as regras de compensação aplicáveis) e à remessa oficial (para o fim de reconhecer a parcial prescrição)."

Foram opostos e rejeitados embargos de declaração, tendo sido interposto recurso especial, buscando a reforma do julgado para que seja reconhecido o direito à compensação do indébito, observada a prescrição decenal.

A Vice-Presidência da Corte, no exame deste recurso especial, devolveu os autos à Turma para julgamento na forma do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

DECIDO.

Cumpra destacar que a devolução dos autos pela Vice-Presidência ocorre para efeito de exame da matéria discutida no RESP apreciado e que, no caso, se refere à possibilidade da parte autora efetuar a compensação do indébito, observada a prescrição decenal.

A propósito, encontra-se consolidada a jurisprudência desta Corte e Turma firme no sentido que, apurada a existência de indébito fiscal, a questão da prescrição em face do artigo 168 do CTN somente abrange os recolhimentos dentro do prazo de cinco anos retroativos à data da propositura da ação (AMS nº 2005.61.06.003908-4, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 de 05/05/09, p. 52; AMS nº 2004.61.00.029293-5, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 10/03/09, p. 127; EI nº 1999.61.00.032154-8, Rel. Des. Fed. NERY JÚNIOR, DJF3 de 21/11/08; Rel. Des. Fed. ROBERTO HADDAD, DJF3 de 26/02/09, p. 191; APELREE nº 2002.61.00.020684-0, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 de 26/05/09, p. 679; APELREE nº 2005.61.00.018259-9, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJF3 de 22/06/09, p. 1393; e AC nº 2001.03.99.050843-4, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 11/03/05, p. 352).

Recentemente, a Turma reiterou o entendimento, com acórdão assim ementado:

- AC nº 2004.61.00.000325-1, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, sessão de 15/04/2010: "JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ART. 543-c, § 7º, II, CPC - PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL - MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1. No caso de repetição/compensação de tributo lançado por homologação, o prazo disposto no art. 168 do CTN deve ser contado a partir do pagamento efetuado pelo contribuinte, ou seja, o contribuinte pode postular a compensação/repetição dos pagamentos efetuados nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda. 2. Este E. Tribunal já teve a oportunidade de decidir nesse mesmo sentido. 3. Inexistem razões para modificação do entendimento inicialmente manifestado. 4. Acórdão mantido."

Desse modo, conforme jurisprudência consolidada, não cabe a retratação do v. acórdão, mantendo o julgado tal como proferido.

Ante o exposto, com esteio no artigo 543-C, § 8º, do CPC, devolvam-se os autos à Vice-Presidência.

Publique-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026524-73.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.026524-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : ANTONIO CONCEICAO DE OLIVEIRA

ADVOGADO : LUCIANA HOLZLSAUER DE MATTOS

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
INTERESSADO : A C OLIVEIRA CUNHA -ME
No. ORIG. : 09.00.00000-6 1 Vr CUNHA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em embargos à execução fiscal, ajuizado para desconstituir penhora que teria recaído sobre bem de família.

A r. sentença rejeitou liminarmente os embargos à execução fiscal, por falta de comprovação do alegado, fixando a verba honorária de 10% do valor do débito em execução.

Apelou o embargante, alegando que: (1) no terreno penhorado foi edificada sua única casa e de sua família, que ainda não foi averbada devido a dificuldades financeiras, daí porque não pode ser mantida a penhora realizada; (2) não reside no imóvel penhorado, pois se encontra alugado à Prefeitura local, nele funcionando a Casa do Menor, com aluguel mensal de R\$ 900,00, conforme documento juntado nos autos; (3) encontra-se residindo em imóvel de terceiros, com valor do aluguel mensal de R\$ 500,00, ou seja, inferior aquele anteriormente mencionado, com sua saúde debilitada e desempregado, sendo que *"desta forma, utiliza a diferença apurada no aluguel de seu único imóvel, na sua subsistência e de sua família"*; (4) *"se o locador não mantém o imóvel como mero patrimônio, mas utiliza o valor obtido com a locação como complemento da renda familiar, ou até para pagar o aluguel de outro imóvel que serve de moradia à família"*, estará atendendo à finalidade da Lei nº 8.009/90; (5) a jurisprudência do STJ e deste Tribunal tem estendido a benesse da impenhorabilidade ao único imóvel do devedor, ainda que alugado a terceiros, cujo valor é revertido para possibilitar à família constituir moradia em outro bem alugado; (6) *"o contrato de aluguel do imóvel em que reside o ora executado, a saber, na Rua Dr. Casemiro da Rocha nº 111, nesta Comarca, foi efetuado, por exigência do Locador, em nome do filho do executado Sr. Fausto Ricardo da Silva Oliveira, pelos fatos e motivos até mesmo aqui expostos, ou seja, o desemprego, bem como, a idade avançada e doença, do executado, porém tal fato, poderá ser constatado, como de fato já foi, pelo Oficial de Justiça"*; e (7) a penhora realizada no imóvel foi irregular, pois o oficial de justiça avaliador fez a penhora e a avaliação no Cartório de Registro de Imóveis, sem verificação da área a ser penhorada, bem como a sua situação, não existindo nenhum registro sobre a existência de benfeitorias ou mesmo da própria casa, além dos menores ali residentes.

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.741/03, pela reforma da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A propósito da alegação, cabe salientar que o artigo 1º da Lei nº 8.009/90 define que o *"imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários ou nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei."*

A penhora somente pode recair sobre imóvel residencial quando se tratar de execução relativa aos créditos especificados no artigo 3º, ou na situação descrita nos artigos 4º e 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, o que não é o caso dos autos.

Cumprido ressaltar, outrossim, que o texto legal revela que a impenhorabilidade deve atingir o imóvel em que, efetivamente, reside a entidade familiar (caput do artigo 5º da Lei nº 8.009/90), ainda que outros sejam de propriedade do executado, caso em que ficam, estes outros, liberados para a penhora, com a ressalva de que, em sendo vários os utilizados simultaneamente como residência, o benefício do artigo 1º incide apenas sobre aquele de menor valor, se não houver registro de destinação, em sentido contrário, no Cartório de Imóveis (parágrafo único do artigo 5º).

Todavia, a jurisprudência firmou-se no sentido de ser igualmente impenhorável o único imóvel de propriedade do devedor, ainda que nele não resida a família, mas desde que, se alugado, a renda seja auferida e utilizada para a manutenção da entidade familiar protegida, assim atingindo a finalidade tutelar da lei.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 714.515, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJE de 07.12.09: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. PENHORA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido."

- AGA nº 902.919, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 19.06.08: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. RATIO ESSENDI DA LEI Nº 8.009/90. SÚMULA 7 - STJ. 1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei 8.009/80, visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela

constituição federal que autoriza a impenhorabilidade de bem pertencente à devedor, mas que encontra-se locado a terceiro. 3. Não se constitui em condicionante imperiosa, para que se defina o imóvel como bem de família, que o grupo familiar que o possui como única propriedade, nele esteja residindo. Precedentes - (REsp 698332 / SP Relator Ministro LUIZ FUX DJ 22.08.2005; REsp 698332 / SP Relator Ministro LUIZ FUX DJ 22.08.2005; AgRg no Ag 653019/RJ Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR DJ 20.06.2005; AgRg no Ag 576449/SP Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR DJ 09.02.2005; REsp 182223/SP Relator Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO DJ 10.05.1999) 4. Extrai-se das razões do recurso que o teor da matéria discutida nos autos demanda evidente análise probatória, vedada nesta instância especial pela Súmula 7 do STJ. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento."

- RESP nº 698.750, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 10.05.07: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IMPENHORABILIDADE. 1. Não obstante a Lei 8.009/90 mencionar "um único imóvel (...) para moradia permanente", a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que a impenhorabilidade prevista na referida lei estende-se ao único imóvel do devedor, ainda que se encontre locado a terceiros, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou, ainda, para a própria manutenção da entidade familiar. Nesse sentido: AgRg no Ag 679.695/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 28.11.2005; REsp 670.265/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14.11.2005; REsp 735.780/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.8.2005; REsp 698.332/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.8.2005; AgRg no Ag 576.449/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 9.2.2005. 2. Recurso especial desprovido."

- AG nº 2002.03.00009487-6, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 de 05.10.09: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. ÚNICO IMÓVEL PERTENCENTE A AGRAVANTE. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº8.009/90. PRECEDENTES DO STJ. 1.Prejudicado o agravo regimental. 2.Pelos documentos que instruem os autos, constata-se que o imóvel a ser penhorado é o único pertencente a agravante, servindo o mesmo como sua residência, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça às fls.69. 3.O fato de o imóvel ficar desabitado, por curto período de tempo, em razão de viagem da agravante ao exterior, não descaracteriza o bem como de família, nos termos da Lei nº8.009/90. 4.Inclusive, conforme orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, à impenhorabilidade do bem de família, estabelecida na Lei nº 8.009/90, estende-se ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros (REsp 698750/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 10.05.2007 p. 346). 5.Agravo regimental prejudicado. Agravo de instrumento a que se dá provimento."

- APELREE nº 2005.61.82056229-3, Rel. Juiz Conv. ROBERTO JEUKEN, DJF3 de 21.07.09: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COFINS. SÓCIO QUOTISTA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA QUE ASSINAVA PELA EMPRESA. PENHORA DE BENS PESSOAIS. POSSIBILIDADE (ART'S. 135, III, DO CTN). ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. NÃO APLICAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. ÚNICO IMÓVEL LOCADO. RENDA QUE REVERTE EM PROL DA FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PRECEDENTES. 1 - Mesmo não exercendo, exclusivamente, a embargante a gerência ou administração da devedora, responde com seus bens pessoais, pelo crédito tributário constituído em face da empresa, no período em que esteve presente na sociedade, já que assinava pela mesma. Inteligência do 135, inciso III, do CTN. 2 - A responsabilidade solidária tratada no artigo 13, da Lei nº 8.620/93 é inerente as contribuições previdenciárias, afetas então ao INSS, não se aplicando à COFINS, qualificada como uma contribuição de seguridade social administrada pela Receita Federal. 3 - Encontra-se pacificada a jurisprudência do Colendo STJ, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que constitui bem de família o único imóvel da embargante, quando locado, na medida em que a renda daí auferida é utilizada no pagamento de aluguel do imóvel da moradia da família ou para a subsistência desta. 4 - Apelo da União e remessa oficial a que se dá parcial provimento."

Na espécie, não existem elementos suficientes para a conclusão de que o imóvel penhorado (matrícula 8.019, rua José Maria Amato, 01 - Cunha - SP), seja o único imóvel de propriedade do devedor e que esteja efetivamente locado. Ao contrário, consta do mandado de penhora e avaliação (f. 51) a indicação de que o embargante possui três imóveis, considerando a ordem para que o oficial de justiça "proceda à penhora do imóvel situado na Rua José Maria Amato; sobre a fração de 50% do imóvel situado na Rua Eduardo Querido; bem como do imóvel denominado 'Descida do Falcão', nesta ordem de preferência e até que bastem para satisfazer o crédito exequendo, todos registrados no CRI em nome do executado (o segundo também em nome de Wilson Aparecida de Oliveira), sob os números de matrícula, respectivamente, 8.019, 2.305 e 6.881, conforme demonstram, igualmente, as certidões de fls. 285, 290 e 284 e AVALIAÇÃO dos bens penhorados, de tudo INTIMADO o executado e sua esposa Valdirene Vaz da Silva Oliveira, no endereço à Rua Eduardo Querido, nº 40, nesta cidade ...".

Após, efetuada a penhora do imóvel localizado à rua José Maria Amato, certificou o oficial de justiça, em 19.01.09, que: "dirigi-me ao endereço mencionado - (Eduardo Querido nº 40) - e sendo lá INTIMEI ANTONIO DA CONCEIÇÃO OLIVEIRA e sua mulher VALDIRENE VAZ DA SILVA OLIVEIRA da feitura da penhora realizada, conforme auto anexo, que bem cientes ficaram e receberam a contra-fé, ..." (f. 54).

Como se observa o embargante possui, ao menos, três imóveis, pelo que se denota da documentação juntada, sendo que reside no imóvel situado à rua Eduardo Querido, nº 40, onde foi intimado da penhora, conforme certidão do oficial de

justiça. Note-se que no contrato de locação do imóvel de terceiro, o embargante consta, não como seu locatário, mas como fiador, com residência em outro endereço, à Rua Ângelo Molinari (f. 07).

Por outro lado, a alegação de que o imóvel penhorado encontra-se alugado é objeto de prova precária, pois nada foi juntado além do contrato, pelo qual sequer se indica que o Prefeito o tenha assinado, não constando seu nome e muito menos se atestam as assinaturas respectivas, destoando do usual em se tratando de contrato firmado com entidade pública.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019389-38.2007.4.03.6100/SP

2007.61.00.019389-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
INTERESSADO : LILIANE CILI MULLER e outros
: EDSON VIEIRA DO VALE
: JOSE FERRO MONTEIRO
: MARIA ELIZABETH RAMOS DA SILVA
: JOSE JESUS NERI ROCHA
: PAULO ROBERTO GUEDES SECCO
: JOSE ARTEIRO DE MESQUITA
: FABRICIO BARRA DE ANDRADE
: SONIA BOTANO RECART
ADVOGADO : CLAUDIA DE MORAES PONTES ALMEIDA e outro
INTERESSADO : JOAO MIGUEL BOCCI
ADVOGADO : CLAUDIA DE MORAES PONTES ALMEIDA e outro
: ANDREA LAZZARINI SALAZAR
EMBARGADO : DECISÃO DE FLS.

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Vistos etc.

Trata-se de embargos de declaração contra decisão que negou seguimento à apelação fazendária e deu provimento à apelação dos exequentes, para reformar sentença que acolheu embargos, fixando a execução em R\$ 18.586,02 (setembro/06: OTN, BTN, INPC, UFIR e IPCA-E, f. 06/10), condenados os embargos em verba honorária de R\$ 900,00.

Alegou, em suma, a embargante que a decisão não se pronunciou explicitamente sobre a impossibilidade de inclusão de juros em continuação incidente após a apresentação da conta homologada até a expedição do precatório, ofendendo o disposto no artigo 93, IX, da CF/88; aduzindo que não se esclareceu qual o preceito legal que embasou a incidência dos juros de mora no período descrito e que houve outras omissões, pois não se considerou que: (1) por se tratar de execução por quantia certa, "efetuado o pagamento do precatório no valor atualizado da conta que a União foi citada para pagar, e não havendo previsão legal de incidência de juros de mora na execução prevista no art. 730, do Código de Processo Civil, a execução deve ser extinta, conforme disposto no art. 794, inciso I, do Código de Processo Civil"; (2) "as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos juros de mora na forma do direito civil, sendo certo que o Código Civil (atual e revogado), determina que se considera em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo que a lei ou a convenção estabelecer" - artigo 1º da Lei nº 4.414/64 c/c 955 (CC/19) e 394 (CC/02); e (3) "**É INDEVIDO O CÔMPUTO DE JUROS ENTRE A APRESENTAÇÃO DA CONTA E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO, POR FORÇA DA INEXISTÊNCIA DE MORA E PELO DISPOSTO NO ARTIGO 100 DA CF (que em verdade rege o período que medeia a expedição do precatório e efetivo pagamento)**", consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 305.186 e RE nº 542.100) e do Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas, pelo que foi requerido o suprimento, inclusive com efeito infringente e para fins de prequestionamento.
DECIDO.

Os embargos de declaração devem ser rejeitados, pois se decidiu expressamente, ao revés do que alegado, pela existência do direito ao cômputo dos juros discutidos, motivando a decisão proferida, em observância ao artigo 93, IX,

da Carta Federal. Não foi desconsiderada a natureza da execução para a inclusão de tal encargo, nem os atos normativos aplicáveis à espécie, com base no quais, aliás, e respaldado em precedentes, concluiu-se pelo cabimento dos juros moratórios entre a data da conta homologada e a data da expedição do ofício precatório originário.

Tal período encontra-se fora do prazo contemplado no artigo 100, § 1º, da redação anterior - e atualmente § 5º, nos termos da EC 62/2009 -, estando a orientação adotada em plena conformidade com a Súmula Vinculante 17, editada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *"Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos"*.

Certo que, em relação ao período anterior ao da SV 17/STF, de que cuidam os autos, foi admitida perante o Supremo Tribunal Federal a repercussão geral no RE 579.431, DJE 24.10.08, ainda pendente de julgamento. Acerca da repercussão geral, o sobrestamento do artigo 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil, ocorre em relação aos recursos extraordinários de matérias pendentes de julgamento na Suprema Corte, não obstante, porém, o exame de feitos no âmbito das Turmas, como é o caso dos agravos de instrumentos interpostos de decisão interlocutória, agravos legais ou inominados e embargos declaratórios.

Quanto ao decidido no RESP 1.143.677, trata-se de precedente que interpretou a SV 17/STF, reconhecendo, portanto, a natureza constitucional da matéria e, considerando que a Suprema Corte apenas excluiu os juros de mora no período específico de **18 meses**, a que se referia o § 1º do artigo 100, na redação anterior, e atualmente refere-se o § 5º do artigo 100 da Constituição Federal, não é viável admitir qualquer omissão, contradição ou obscuridade no exame do feito em face da jurisprudência consolidada.

Não se omitiu, pois, o v. acórdão em indicar o preceito legal permissivo dos juros moratórios, pois, como consignado expressamente, a autoridade da coisa julgada é que determinou a inclusão dos juros entre a data da conta homologada e a data da expedição do ofício precatório originário.

Se tal solução é ou não legal e constitucional, somente a discussão em recurso próprio perante a instância competente pode resolver.

Como se observa, foram decididas, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas invocadas e essenciais à resolução da causa, ainda que não em plena conformidade com a pretensão deduzida, fato que não viabiliza, porém, o acolhimento de embargos de declaração.

Em verdade, é inequívoco que a fundamentação jurídica da causa, sob o ângulo da pretensão ajuizada, restou enfrentada pelo r. decisão, a partir de interpretação das normas essenciais à solução da lide, com reflexo direto e explícito sobre as questões constitucional e legal deduzidas, a partir das normas respectivas, cuja referência individualizada, no corpo da decisão proferida, aliás, sequer seria exigida para efeito de **prequestionamento**.

O recurso deve, pois, ser desprovido, ainda porque sequer necessário, como postulado, o prequestionamento que, consoante a melhor exegese jurisprudencial, *"consiste na apreciação e solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado."* (ERESP nº 162608/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, julgado em 16.06.99). Tal exegese, de forma igualmente lapidar, foi assentada pela Suprema Corte (RE nº 184347/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 20.03.98), *verbis*: *"Prescinde o prequestionamento da referência expressa, no acórdão impugnado mediante o recurso, a números de artigos, parágrafos, incisos ou alíneas. Precedente: Recurso Extraordinário nº 128.519-2/DF, por mim relatado, perante o Pleno, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 7 de março de 1991 (...)"*.

Ora, em verdade, o que se verifica é que os embargos declaratórios têm nítido **caráter infringente**, sustentando que a causa comporta interpretação diversa da que assentada pela Turma, em típica impugnação ao conteúdo decisório, em si, sem que se esteja, portanto, diante de qualquer imperfeição formal ou lógica no julgamento.

Em essência, resta evidenciado que a espécie não é de omissão, contradição ou obscuridade, âmbito próprio em que possível o acolhimento de embargos declaratórios, se presentes, por hipótese, as irregularidades.

Ademais, não cabe acolher os embargos de declaração, quando nítido, como no caso vertente, que foram opostos com **caráter infringente**, objetivando o reexame da causa, com invasão e supressão da competência que, para tal efeito, foi reservada às instâncias superiores, pela via recursal própria e específica, nos termos da pacífica jurisprudência da Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça, deste Tribunal Federal e desta Turma (v.g. - EDRE nº 255.121, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 28.03.03, p. 75; EDRE nº 267.817, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 25.04.03, p. 64; EDACC nº 35.006, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU de 06.10.02, p. 200; RESP nº 474.204, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU de 04.08.03, p. 316; EDAMS nº 92.03.066937-0, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 15.01.02, p. 842; e EDAC nº 1999.03.99069900-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 10.10.01, p. 674).

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0036692-47.2006.4.03.6182/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
 APELANTE : LOCALMEAT LTDA
 ADVOGADO : ARIANE PATRÍCIA GONÇALVES e outro
 APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
 No. ORIG. : 00366924720064036182 12F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou extinta a execução fiscal, em virtude do cancelamento da inscrição na dívida ativa (artigo 26 da LEF), condenando a exequente em honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos monetariamente desde o ajuizamento da ação.

Apelou a executada, alegando, em suma, que os honorários advocatícios foram fixados de forma irrisória, pelo que requereu a condenação em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, § 3º e 4º, do Código de Processo Civil, uma vez que a Fazenda Nacional reconheceu a nulidade da CDA, com o respectivo cancelamento, pelo que postulou pela reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o artigo 26 da Lei nº 6.830/80 somente tem aplicação quando o executivo fiscal tenha sido extinto sem acarretar despesas ao executado com o exercício do direito de defesa. No caso de cancelamento da inscrição com pedido de desistência da execução fiscal somente depois da citação, a Fazenda Nacional, em função dos princípios da responsabilidade e causalidade processual, deve ressarcir o executado das despesas com o exercício do direito de defesa, através quer de embargos (Súmula 153/STJ), quer de exceção de pré-executividade. Cabe assinalar, outrossim, que a Lei nº 8.952, de 13.12.94, alterando a redação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, previu o cabimento da condenação em verba honorária, nas execuções, embargadas ou não, mediante apreciação equitativa do juiz.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes (grifos nossos):

- AgRg no RESP nº 1.048.727, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 05.08.08: "PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA - CITAÇÃO DO DEVEDOR - CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários, na hipótese de extinção da execução fiscal antes do julgamento do feito, motivada por cancelamento da inscrição da dívida, em decorrência do pagamento integral do débito. 2. A jurisprudência do STJ firmou-se em sentido idêntico ao acórdão do Tribunal a quo, em outros termos, na execução fiscal, o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa, após a citação do devedor, implica sucumbência e condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios. Agravo regimental improvido."

- RESP nº 1.026.615, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 16.04.08: "RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA APÓS CITAÇÃO E DEFESA DO EXECUTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta. 2. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, havendo extinção da execução fiscal em virtude de pedido de desistência do exequente, efetivado após a citação do executado, são devidos os honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no Resp 907176/RJ, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 07.05.2007; AgRg no REsp 763037/MG, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 23.04.2007; Resp 785921/MG, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 27.02.2007. 3. Recurso especial a que se nega provimento."

- RESP nº 749.539, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 22.11.07: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA APÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR. ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. 1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, em execução fiscal, o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa após a citação do devedor implica a condenação da Fazenda Pública ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 153/STJ: "A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exige o exequente dos encargos da sucumbência." Nesse sentido: AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; REsp 641.525/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 10.5.2006; REsp 689.705/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005. 2. Na hipótese, a própria Fazenda Nacional admite que o executado "adimpliu com o débito na forma como informou", por meio de exceção de pré-executividade. Por outro lado, não há elementos nos autos aptos a demonstrar que a Fazenda Nacional requereu o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa antes da citação do devedor. Desse modo, malgrado não acolhida a exceção de pré-executividade, revela-se manifesto que o pedido de desistência da execução, e a sua conseqüente extinção, decorreu

dos argumentos formulados na exceção de pré-executividade. Assim, é cabível a fixação de verba honorária. 3. Recurso especial provido."

Desse modo, é inequívoco, em tal contexto, que a execução fiscal, objeto de embargos ou de exceção de pré-executividade pelo devedor, pode ensejar a condenação da exequente em verba honorária, desde que ausente qualquer responsabilidade da própria executada pela propositura da ação.

Sob tal ângulo de análise, resta inquestionável que a execução fiscal não ocorreu por culpa da executada, pois consta dos autos decisão da Delegacia da Receita de Administração Tributária em São Paulo Divisão de Orientação e Análise Tributária - DIORT, relativo ao PA nº 13804.007.286/2002-11, de que o sistema SIEF, em **03/02/06**, "*por falha nos controles*", encaminhou, indevidamente, para inscrição em dívida ativa da União os débitos relativos ao PIS e a COFINS, objeto da presente execução (f. 82/3), ou seja, antes, portanto, do ajuizamento e citação na execução fiscal, esta ocorrida em **16/02/07** (f. 27).

Em face do acima explicitado, reconhece-se que é devida, em função dos princípios da causalidade e responsabilidade processual da exequente, a condenação em custas e verba honorária, a favor da executada, que se fixa, na forma da jurisprudência da Turma, firmada à luz do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), considerando as circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00014 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000956-05.2007.4.03.6126/SP
2007.61.26.000956-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP
ADVOGADO : KARIN YOKO HATAMOTO SASAKI e outro
APELADO : PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRE SP
ADVOGADO : CLEMENCE MOREIRA SIKETO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00009560520074036126 25 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em ação proposta com objetivo de anular auto(s) de infração lavrado(s) pelo Conselho Regional de Farmácia - CRF, em virtude da falta de responsável técnico farmacêutico no dispensário de medicamentos da municipalidade.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para "*anular os Autos de Infração nºs TI 192828, TI 192826, TI 192832, TI 180104, TR 066600, TR 067245, TI 180106, TR 066606, TR 067250, TI 180118, TR 066861, TR 067333, TI 180142, TR 068423, TR 068850, TI 188971, TI 180125, TR 067113 e TR 067688, bem como as multas correspondentes*", fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da causa.

Apelou o CRF, alegando, preliminarmente a ocorrência de julgamento *extra petita* e, no mérito, a parte autora tem obrigação de manter responsável técnico no seu dispensário de medicamentos, durante todo o período de funcionamento, tendo em vista o primado da proteção da saúde pública, requerendo, quando menos, a redução da verba honorária para 5% sobre o valor da causa, pelo que pugnou pela reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, cumpre destacar que a alegação do CRF de houve julgamento *extra petita*, com o argumento de que "*não houve a formulação de pedido para que o Município seja dispensado da obrigação de prestar assistência farmacêutica integral, tampouco para que o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo se abstenha de impor novas penalidades em virtude da reiterada conduta ilegal*", não merece prosperar, uma vez que a sentença julgou o feito, nos limites do pedido, com a anulação dos autos de infração especificados na inicial.

No mérito, encontra-se pacificada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que, em se tratando de dispensário de medicamentos, mantido por entidade nas condições objetivas do caso concreto, não é exigível a presença de responsável técnico, inscrito no Conselho Regional de Farmácia - CRF, *verbis*:

- RESP nº 969.905, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 15.12.08: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTO - REGISTRO - INEXIGIBILIDADE. 1. A Lei 5.991/73 só exigiu a presença de responsável técnico e sua inscrição no CRF às farmácias e drogarias (art. 15). 2. Os dispensários de medicamentos, conceituados no art. 4º, XIV, da referida lei, não estão obrigados a cumprir a exigência imposta às farmácias e drogarias. 3. "As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamento, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico" (Súmula nº 140/TFR). Precedentes da 1ª e 2ª Turmas. 4. Recurso especial não provido."

- AgRg no Ag 986.136, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE de 05.11.08: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. POSTO DE MEDICAMENTOS EM NOSOCÔMIO. PRESENÇA DE PROFISSIONAL FARMACÊUTICO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. 1. É de notar que a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que não é exigível a presença de responsável técnico de farmacêutico nos dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas, conforme inteligência do art. 15 da Lei 5.991/73 c/c art. 4º, XIV do mesmo Códex legal. 2. Com relação ao tema, dispõe ainda a Súmula 140 proveniente do extinto Tribunal Federal de Recursos, in verbis: "As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam 'dispensário de medicamentos', não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico." 3. Agravo regimental não-provido."

- AgRg no Ag 999.005, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE de 25.06.08: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. HOSPITAL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. INEXIGIBILIDADE DA ASSISTÊNCIA DE FARMACÊUTICO. PRECEDENTES. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A exigência de se manter profissional farmacêutico abrange apenas as drogarias e farmácias, não se aplicando aos dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a Lei 5.991/73, em seu art. 15, somente exigiu a presença de responsável técnico, bem como sua inscrição no respectivo conselho profissional às farmácias e drogarias. Destarte, os dispensários de medicamentos, situados em hospitais e clínicas (art. 4º, XIV), não estão obrigados a cumprir as referidas exigências. 3. Agravo regimental desprovido."

- AC nº 2005.61.00.003050-7, Rel. Min. CARLOS MUTA, DJF3 de 20.01.09: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. RESPONSABILIDADE TÉCNICA. FARMACÊUTICO EM DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA 140/TFR. ATUALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA CONFIRMADA. 1. Encontra-se pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que a lei não exige a contratação de responsável técnico farmacêutico em dispensários de unidades hospitalares, em que não existe manipulação de fórmulas nem fornecimento de medicamentos ao público em geral, mas tão-somente aos próprios pacientes, diretamente assistidos por médicos. 2. Não houve violação a qualquer norma ou princípio da Constituição, tampouco ao da proporcionalidade, porquanto mensurada a situação específica de tal espécie de unidade hospitalar, com suas características de funcionamento e atividade, para o fim de determinar a solução proporcionalmente razoável, conforme assentado pela jurisprudência consolidada. 3. Precedentes do Tribunal Federal de Recursos (Súmula 140), do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte."

- AC nº 2008.03.99.061161-6, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 17.03.09: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. UNIDADE HOSPITALAR MUNICIPAL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS - DESNECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DE FARMACÊUTICO - ART. 15, LEI 5.991/73. 1. Sentença que se submete ao duplo grau de jurisdição obrigatório em virtude do valor da causa superar a alçada prevista no art. 475, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. 2. No presente caso, o Conselho Regional de Farmácia - CRF pretende o recebimento de multa aplicada em virtude da ausência de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos localizado em Unidade Hospitalar que possui 40 leitos (fls. 98/99). 3. A teor do artigo 15 da Lei nº 5.991/73, a obrigatoriedade da assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho-embargado restringe-se às farmácias e drogarias. 4. A unidade hospitalar municipal com até 200 leitos, que possui setor de fornecimento de medicamentos industrializados - estes a serem ministrados aos pacientes sob prescrição médica - não está obrigada a ter assistência de profissional responsável inscrito no CRF (Súmula nº 140 do TFR). 5. Embora o dispensário de medicamentos em unidades municipais de saúde não tenha sido expressamente incluído no rol do supracitado artigo 19 da Lei nº 5.991/73, é entendimento desta Turma que tais unidades estão incluídas no conceito de "posto de medicamentos". 6. Também a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que a Lei nº 5.991/73 não exige a contratação de profissional farmacêutico para atuarem em dispensários de medicamentos localizados em unidades hospitalares com até 200 leitos, nos quais não existe manipulação de fórmulas, nem fornecimento de medicamentos ao público em geral, mas tão-somente aos próprios pacientes, diretamente assistidos por médicos, como ocorre no presente caso. Precedente. 7. Com relação à Portaria nº 1.017/02, bem como outros dispositivos infralegais mencionados pelo apelante, não podem prevalecer, pois somente a lei em sentido formal pode impor às pessoas um dever de prestação ou abstenção. Assim, normas de caráter infralegal não têm o condão de criar obrigações, de modo a ensejar a revogação da norma inserida no artigo 15 da Lei n. 5.991/73. 8. Precedentes. 9. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, improvidas."

- AC nº 1999.03.99.024093-3, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, DJU de 02.04.03, p. 538: "ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Conselho Regional de farmácia. HOSPITAL. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS.

FIXAÇÃO SOBRE O VALOR DA CAUSA. I. A Lei n. 5.991/73, no Art. 4º, conceituou elementos referentes ao controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, bem como farmácia, drogaria e dispensário de medicamentos. II. O Art. 15, da Lei n. 5.991/73, ao tratar da exigência da presença de técnico responsável, estabelece que a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei, não fazendo qualquer menção quanto aos dispensários de medicamentos. A lei, portanto, restringiu tal obrigatoriedade às farmácias e drogarias. III. As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamentos, não precisam manter farmacêutico (Súmula 140, do extinto TFR). IV. O Decreto n. 793/93, em seu Art. 1º, que alterou o Decreto n. 74.170/74, também exigiu, para os dispensários em hospitais, a presença de um técnico farmacêutico responsável, o que exorbita o texto legal, que apenas dispõe acerca da obrigatoriedade em relação às farmácias e às drogarias. V. Precedentes do STJ. VI. Não podem os dispensários de medicamentos ser obrigados a manter farmacêutico responsável técnico, uma vez que não realizam comércio de drogas perante terceiros, apenas se utilizam dos medicamentos para tratamento de seus paciente, sob prescrição médica. VII. Precedentes da Turma."

Certo, pois, que é devida a verba honorária a parte autora, mantendo-se o *quantum* fixado pela r. sentença que, na espécie, não se revela excessivo e atende ao princípio da equidade, na forma da jurisprudência da Turma, firmada à luz do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e considerando as circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0024310-69.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.024310-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : MANOEL MARCOS FAGUNDES
ADVOGADO : PAULO CESAR NEVES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00243106920094036100 5 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em mandado de segurança impetrado para afastar a incidência do imposto de renda sobre valores percebidos, na rescisão de contrato de trabalho, a título de "gratificação III".

A r. sentença concedeu a ordem.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando que é devida a tributação sobre a verba denominada "gratificação III", uma vez que possui caráter de liberalidade; aduzindo que no dia em que o impetrante foi demitido, o Acordo Coletivo de Trabalho, que previu a referida verba, ainda não estava em vigor, pelo que pugnou pela reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos à Corte, opinando o Ministério Público Federal pela confirmação da r. sentença. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a propósito da exigibilidade do imposto de renda sobre verbas vinculadas a contrato de trabalho, consolidou o Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência, firmando, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 977.207, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE de 17/12/2008: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. FÉRIAS VENCIDAS E NÃO-GOZADAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. NATUREZA. RÉGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. PRECEDENTES. 1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os "acréscimos patrimoniais", assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte. 2. O pagamento de indenização por rompimento de vínculo funcional ou trabalhista, embora represente acréscimo patrimonial, está contemplado por isenção em duas situações: (a) a prevista no art. 6º, V, da Lei 7.713/88 ("Ficam isentos do imposto de renda (...) a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei (...)") e (b) a prevista no art. 14 da Lei 9.468/97 ("Para fins de incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos, serão considerados como indenizações isentas os pagamentos efetuados por pessoas jurídicas de direito

público a servidores públicos civis, a título de incentivo à adesão a programas de desligamento voluntário"). 3. No domínio do Direito do Trabalho, as fontes normativas não são apenas as leis em sentido estrito, mas também as convenções e os acordos coletivos, cuja força impositiva está prevista na própria Constituição (art. 7º, inc. XXVI). Nesse entendimento, não se pode ter por ilegítima a norma do art. 39, XX, do Decreto 3.000/99, que, ao regulamentar a hipótese de isenção do art. 6º, V, da Lei 7.713/88, inclui entre as indenizações isentas, não apenas as decorrentes de ato do poder legislativo propriamente dito, mas também as previstas em "dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho (...)". 4. Pode-se afirmar, conseqüentemente, que estão isentas de imposto de renda, por força do art. 6º, V da Lei 7.713/88, regulamentado pelo art. 39, XX do Decreto 3.000/99, as indenizações por rescisão do contrato pagas pelos empregadores a seus empregados quando previstas em dissídio coletivo ou convenção trabalhista, inclusive, portanto, as decorrentes de programa de demissão voluntária instituídos em cumprimento das referidas normas coletivas. 5. O pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de adicional de 1/3 sobre férias tem natureza salarial, conforme previsto nos arts. 7º, XVII, da Constituição e 148 da CLT, sujeitando-se, como tal, à incidência de imposto de renda. Todavia, o pagamento a título de férias vencidas e não gozadas, bem como de férias proporcionais, convertidas em pecúnia, inclusive os respectivos acréscimos de 1/3, quando decorrente de rescisão do contrato de trabalho, está beneficiado por isenção (art. 39, XX do RIR, aprovado pelo Decreto 3.000/99 e art. 6º, V, da Lei 7.713/88). Precedentes: REsp 782.646/PR, AgRg no Ag 672.779/SP e REsp 671.583/SE. 6. O pagamento feito por liberalidade do empregador, por ocasião da rescisão de contrato de trabalho, não tem natureza indenizatória. E, mesmo que tivesse, estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por isenção. Precedentes da 1ª Seção: EREsp 770.078, EREsp 686.109, EREsp 515.148. 7. Recurso especial parcialmente provido."

- PET nº 6.243, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 13/10/2008: "**TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA**. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas: a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador; b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas; c) horas extras; d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais; e) adicional noturno; f) complementação temporária de proventos; g) décimo-terceiro salário; h) gratificação de produtividade; i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical. 3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre: a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia; b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia; c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais; d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho; e) abono pecuniário de férias; f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista; g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador). 4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas pelo empregador em decorrência da renúncia do período de estabilidade provisória levada a termo pelo empregado no momento da rescisão do contrato de trabalho. 5. Embargos de divergência não providos."

- AGRESP nº 1.048.528, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 02/10/2008: "**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO, POR MERA LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA**. 1. O imposto de renda incide em verba de natureza salarial, por isso é cediço na Corte que recai referida exação: a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (Precedentes: REsp 763.086/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03.10.2005; REsp 663.396/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 14.03.2005); b) sobre o adicional noturno (Precedente: REsp 674.392/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005); c) sobre a complementação temporária de proventos (Precedentes: REsp 705.265/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.09.2005; REsp 503.906/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.09.2005); d) sobre o décimo-terceiro salário (Precedentes: REsp 645.536/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 07.03.2005; EREsp 476.178/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28.06.2004); sobre a gratificação de produtividade (Precedente: REsp 735.866/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.2005); e) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (Precedentes: REsp 742.848/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.06.2005; REsp 644.840/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.2005); f) sobre horas-extras (Precedentes: REsp 626.482/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2005; REsp 678.471/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005; REsp 674.392/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005). 2. A verba intitulada "gratificação" tem natureza jurídica análoga à da gratificação por mera liberalidade do empregador, consoante assentado no voto condutor do aresto recorrido. 3. Destarte, conforme jurisprudência sedimentada desta Corte Superior, incide o imposto sobre a renda sobre as verbas percebidas a título de "gratificação". 4. Agravo regimental desprovido."

No que releva ao caso concreto, como se observa, firmou-se a orientação de que, quanto às verbas do grupo "*indenização*" ou "*gratificação especial*", incide o imposto de renda sobre os valores de rescisão concedidos por liberalidade do empregador, ainda que na demissão sem justa causa, se não houver previsão do pagamento na *legislação, acordo ou convenção coletiva de trabalho*. Não basta, pois, apenas a prova de que a rescisão ocorreu sem justa causa, por iniciativa do empregador, na medida em que qualquer pagamento, não previsto no ordenamento jurídico, é considerado, conforme a jurisprudência consolidada, como mera liberalidade, configuradora de acréscimo patrimonial, sujeito, assim, ao imposto de renda.

A jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça deve prevalecer sobre os precedentes, inclusive súmulas, em sentido contrário, firmados no âmbito desta Corte e Turma, dada a evidente função constitucional, que lhe foi atribuída, de órgão de uniformização na interpretação e aplicação do direito federal.

Ademais, cumpre destacar que a alegação de que o Acordo Coletivo de Trabalho não estava em vigor, quando da rescisão do contrato de trabalho, com o recebimento da verba denominada "gratificação III", não merece prosperar, pois consta dos autos que o Acordo Coletivo foi firmado em 21/08/08 (f. 22/5), o Requerimento de Registro de Acordo Coletivo de Trabalho perante o Ministério do Trabalho e Emprego, protocolado em 15/10/09 (f. 21), e o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, em 19/10/09 (f. 19), ou seja, quando em vigor o referido Acordo Coletivo, nos termos do § 1º do artigo 614 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na espécie, considerando a natureza da verba rescisória, à luz da prova produzida nos autos e da jurisprudência consolidada, deve ser excluído da incidência do imposto de renda o valor relativo à "**gratificação III**" porque, previsto na cláusula 9 do Acordo Coletivo de Trabalho (f. 22/5), que possui nítido caráter indenizatório por força de ato normativo.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0049043-13.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.049043-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : ROBELL COM/ DE CALCADOS LTDA
ADVOGADO : TIAGO LUVISON CARVALHO
: ALINE BRIAMONTE DA SILVEIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 02.00.00024-0 1 Vr PIEDADE/SP

DESPACHO

Intime-se a subscritora da petição de fls. 82, Dra. Aline Briamonte da Silveira, a fim de que providencie o instrumento de mandato que a habilite a atuar no presente feito, notadamente com poderes expressos para renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037709-16.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.037709-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : TRANSPORTADORA BASSO LTDA
ADVOGADO : JOSE AMERICO OLIVEIRA DA SILVA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 02.00.00087-7 A Vr BOTUCATU/SP
DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta por Transportadora Basso Ltda. em embargos à execução fiscal rejeitados liminarmente, em virtude da falta de recolhimento da taxa judiciária prevista no art. 4º, I, da Lei Estadual nº 11.608/03. A fls. 134/136, o MM. Juízo *a quo* encaminha cópia de petição da União, na qual informa que o débito objeto da execução fiscal subjacente já foi pago, requerendo a extinção do feito nos termos do art. 794, I, do CPC. A fls. 138/139, a União vem reiterar a informação nos presentes embargos.

Decido.

Tendo, pois, a apelante/executada reconhecido a dívida, satisfazendo o crédito fiscal discutido, à mingua de objeto e, conseqüentemente, em face da superveniente perda de interesse processual, entendo ser caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, julgando prejudicado o recurso, ao qual nego seguimento, com fundamento nos arts. 503 e 557, *caput*, do mesmo diploma legal.

Ressalto que as questões referentes ao cancelamento da arrematação (fls. 123/131) são atinentes à execução fiscal, devendo ser nela analisadas.

Decorrido *in albis* o prazo processual, arquivem-se os autos.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033918-78.2005.4.03.6182/SP

2005.61.82.033918-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : FABRIFER COM/ E IND/ DE FERRO E ACO LTDA

ADVOGADO : LUCIANA PRIOLLI CRACCO e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00339187820054036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Considerando-se o disposto no art. 7º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/10, bem como tendo em vista as disposições da Lei nº 11.941/2009 e Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/09, intime-se a apelante a fim de que esclareça se estaria renunciando ao direito sobre o qual se funda a ação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00019 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0008439-09.2008.4.03.6108/SP

2008.61.08.008439-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

EMBARGANTE : MARIO EDUARDO ROVEDA

ADVOGADO : LUCIANE CRISTINE LOPES e outro

EMBARGADO : DECISÃO DE FLS.

INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SSJ - SP

No. ORIG. : 00084390920084036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Vistos etc.

Trata-se de embargos de declaração contra provimento à remessa oficial, para reformar a r. sentença de procedência, ficando prejudicada a apelação fazendária, em ação declaratória cumulada com repetição do IRRF sobre benefícios previdenciários pagos pela FUNDAÇÃO CESP, sob forma de renda periódica e resgate parcial de 25% do valor total da reserva constituída por contribuições do requerente para complementação de aposentadoria, com os consectários legais. Alegou, em suma, a embargante que *"se constata omissão no acórdão quanto à natureza do julgamento, se com análise do mérito, ou sem análise de mérito e sobre a aplicação no caso em tela do previsto no artigo 284, do CPC, pontos determinantes para salvaguardar o direito do Apelante à nova demanda* [conforme precedentes do STJ e da 4ª Turma

desta Corte], *omitindo-se, ainda, quanto à aplicação no caso em tela dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual*"; pelo que foi requerido o suprimento.

DECIDO.

Os embargos de declaração devem ser rejeitados, pois inexistente qualquer omissão, considerando que expressa a decisão no sentido de que não foi provado pelo embargante o fato constitutivo do direito alegado, enquanto ônus processual específico, a inviabilizar o acolhimento da pretensão. Como prova de fato constitutivo do direito condiz com o mérito, não poderia haver dúvida de que foi julgado, claro, o mérito, nada constando da decisão que pudesse levar a que se concluísse por outra solução, donde a manifesta improcedência dos embargos de declaração.

Como se observa, foram decididas, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas invocadas e essenciais à resolução da causa, ainda que não em plena conformidade com a pretensão deduzida, fato que não viabiliza, porém, o acolhimento de embargos de declaração.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041365-39.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.041365-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : MARIA DE FATIMA ALVES BAPTISTA
ADVOGADO : MARIA DE FATIMA ALVES BAPTISTA
: WILLIAM DANIEL INACIO
INTERESSADO : SERAL SERVICOS AGRICOLAS E TRANSPORTES LTDA
No. ORIG. : 08.00.00083-7 1 Vr SAO SIMAO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação de sentença que acolheu embargos de terceiro em execução fiscal da FAZENDA NACIONAL, *"para o fim de levantar o bloqueio sobre o valor referente aos honorários contratuais pertencentes à embargante, no importe de 15% do crédito existente nos autos nº 92.0302468-9"*, condenando a embargada em verba honorária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Apelou a embargada, alegando, em suma, que: (1) *"em havendo penhora no rosto dos autos, a honorária contratual não está no âmbito da disponibilidade econômica do executado, e portanto não tem cabimento separá-la para privilegiar tal crédito em detrimento do crédito da Fazenda Pública"*; (2) *"o valor penhorado na execução é, tanto quanto pode saber a União, da empresa executada, e não de seus advogados"*; (3) *"contanto exista, no sistema legal, um certo grau de preferência para os créditos derivados de relações advocatícias, tal preferência não equivale à do crédito trabalhista, nem supera a preferência do crédito tributário, consoante fixada no art. 186 do CTN"*; e (4) *"ainda que acolhido o pleito da embargante, não pode ser atribuída à União condenação por erro que não foi seu, já que não tinha como saber o conteúdo de contrato não público"*, daí porque é indevida a condenação em verba honorária.

Com contra-razões, subiram os autos à Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que os honorários advocatícios, apesar de possuírem natureza alimentar, não se igualam aos créditos trabalhistas, daí porque não podem prevalecer sobre o crédito fiscal da Fazenda Pública.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

RESP nº 909.830/SP, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJE 06/08/2010: "PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. NATUREZA ALIMENTAR. RESERVA AO PATRONO DIANTE DA POSSIBILIDADE DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 186 E 187 DO CTN. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. 1. Correta a decisão proferida no sentido de obstar a reserva da verba honorária contratual pois, a despeito de sua natureza alimentar, o crédito decorrente dos honorários advocatícios não se equipara aos créditos trabalhistas, razão por que não há como prevalecer sobre o crédito fiscal a que faz jus a Fazenda Pública. Precedentes: REsp. n. 1.068.838 / PR, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Relatora p/ Acórdão Ministra Eliana

Calmon, julgado em 24/11/2009 e REsp. n. 874.309 - PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.5.2010. 2. Recurso especial não provido."

RESP nº 1.068.838/PR, Relatora p/ Acórdão Min. ELIANA CALMON, DJE 04/02/2010: "PROCESSO CIVIL - CONCURSO DE CREDORES - CRÉDITO FISCAL E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARTS. 186 DO CTN E 24 DA LEI N. 8.906/94. 1. O crédito decorrente dos honorários advocatícios, conquanto de natureza alimentar, não se equipara aos créditos trabalhistas, razão por que não há como prevalecer sobre o crédito fiscal a que faz jus a Fazenda Pública. 2. Recurso especial conhecido, mas não provido."

RESP 1.041.676, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJE 24/06/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEDUÇÃO DE VALORES REFERENTES A HONORÁRIOS DE ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. ART. 186, CAPUT, DO CTN. 1. Este Tribunal Superior consolidou o entendimento de que os honorários advocatícios, sejam eles decorrentes de relação contratual ou sucumbência judicial, possuem natureza alimentar. Precedentes: EREsp 706.331/PR, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 31.3.2008; EREsp 854.535/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.4.2008. 2. Por força dos arts. 186 e 187 do CTN, ficam estabelecidas as preferências e privilégios relativos aos créditos tributários, os quais só são preteridos pelos créditos oriundos da legislação trabalhista e de acidente de trabalho. 3. Nos arts. 22, 23 e 24 da Lei 8.906/94, chega-se a estabelecer um certo grau de privilégio para os créditos relativos à fixação de honorários advocatícios, bem como uma cobrança facilitada da verba honorária, mediante sua dedução do montante oriundo da condenação judicial. Contudo, tais previsões não operam - de modo algum - o efeito de superar a preferência dos créditos de natureza tributária, especialmente quando já são objeto de constrição judicial. Precedentes: AgRg no REsp 1.080.439/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 9.2.2009; REsp 572.285/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10.5.2004; REsp 261.792/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 18.12.2000; REsp 86.297/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 2.2.1998. 4. Recurso especial provido."

Por outro ângulo de análise, decidiu igualmente o Superior Tribunal de Justiça a favor da pretensão deduzida nesta apelação, ao concluir que não pode a convenção particular, relativa a honorários advocatícios, ser oposta à Fazenda Nacional para o fim de excluir da penhora para garantia de execução fiscal, feita no rosto de outros autos, valor que, eventualmente, se destinaria a tal pagamento contratual, *verbis*:

RESP nº 1.098.077, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 20/08/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DOS MONTANTES REFERENTES AOS DEPÓSITOS JUDICIAIS, PARA FINS DE GARANTIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL RELATIVA A OUTRO CRÉDITO. RESERVA DE NUMERÁRIO PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. CONVENÇÃO ENTRE PARTICULARES. Oponibilidade à Fazenda Pública. Impossibilidade. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. A recorrente, em Mandado de Segurança, efetuou depósitos judiciais para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Em Execução Fiscal promovida pela Fazenda Pública, referente a outro crédito, foi requerida e deferida a penhora no rosto dos autos do writ. 3. Após o êxito na ação mandamental, a impetrante teve indeferido o requerimento para excluir da penhora a quantia destinada ao pagamento dos honorários advocatícios contratados. 4. Correto o julgamento do Tribunal de origem, uma vez que as convenções particulares não podem ser opostas ao Fisco. 5. Recurso Especial não provido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação para reformar a sentença, decretando, assim, a improcedência dos embargos opostos, fixada a verba honorária de sucumbência em mil reais, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004243-50.2009.4.03.6111/SP
2009.61.11.004243-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : EXCELENTE COM/ DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADO : PLINIO ANTONIO CABRINI JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00042435020094036111 2 Vr MARILIA/SP
DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de apelação de sentença de improcedência de embargos à execução fiscal de COFINS, sem condenação em verba honorária, mantido o encargo do Decreto-lei 1.025/69, nos termos da Súmula 168/TFR.

Apelou a embargante, alegando, em suma: (1) a inexistência de divergência entre as informações prestadas em DCTF e os valores recolhidos; (2) "*do confronto das informações prestadas via DCTF com os recolhimentos efetuados, se vislumbra materializar-se a exigência quanto ao recolhimento de multa e juros de mora em virtude de depósito judicial efetuado a destempo, especificamente no que tange aos meses de fevereiro, março e maio de 1999*"; e (3) deve a Fazenda Nacional formalizar o crédito tributário relativo à multa e juros de mora através do competente lançamento tributário, nos termos do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c os artigos 4º e 5º da IN SRF 77/1998.

Com contrarrazões, vieram os autos à Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o tributo, constituído por declaração do contribuinte, em lançamento sujeito à homologação da autoridade fiscal, sem que haja revisão, não exige a instauração de procedimento administrativo para a sua cobrança, podendo o Fisco, em caso de inadimplência, promover diretamente a execução do crédito tributário.

Neste sentido, entre tantos outros, os seguintes precedentes:

AGA 1.184.760, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJE 21/05/2010: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANÇAMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. RECURSO REPETITIVO JULGADO. 1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a declaração do contribuinte torna prescindível a constituição formal do débito pelo Fisco. Precedente: EREsp n. 373.772/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ de 17.10.2005. (...)"

AGRESP 1.125.389, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10/05/2010: "AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CND. DÉBITOS DECLARADOS E NÃO PAGOS. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO PRÉVIO. RECURSO REPETITIVO (RESP 1.123.557/RS). DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PARCELAMENTO. CAUSA SUSPENSIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ARTIGO 156, V, DO CTN). PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356 DO STF. OMISSÃO - ART. 535, CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais constitui o crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência, habilitando-a ajuizar a execução fiscal, conforme o precedente repetitivo: (REsp 1.123.557/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJ 18/12/2009). 2. In casu, não há se falar em ausência de notificação ou contraditório de créditos tributários declarados lançados por homologação, vez que constituídos, parcelados e não pagos (...)"

RESP 1.097.703, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 29/10/2009: "PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. REQUISITOS. EXAME. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. 1. O recurso especial não comporta conhecimento quando não indicados, de forma específica, os dispositivos legais que tenham sido contrariados ou cuja vigência tenha sido negada. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Considera-se inadequada a interposição do apelo especial para revisar acórdão solvido sob nítido sob nítido enfoque constitucional. 3. Para a aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e regularidade, é necessário o exame de matéria fática, diligência incompatível com a natureza do recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte, por DCTF, e na falta de pagamento da exação no vencimento, mostra-se incabível aguardar o decurso do prazo decadencial para o lançamento. Essa declaração elide a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco, podendo ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. (...)"

Não efetuado o recolhimento, apesar de declarado o tributo, não se exige, portanto, procedimento fiscal para constituir e tornar exigível a cobrança, inclusive quanto aos acréscimos, pela inadimplência integral ou parcial, que são previstos diretamente pela legislação.

Na espécie, consta dos autos a execução fiscal de COFINS, período de fevereiro, março e maio/99 (f. 22/7), constituída por DCTF (f. 35/41), em que houve, em parte, recolhimento por DARF (f. 29, 32 e 33) e, em parte, depósito judicial (f. 30, 32 e 34), este relativamente à diferença de alíquota de 1%. Tanto os pagamentos como os depósitos judiciais foram efetuados depois do respectivo vencimento, e somente nos depósitos judiciais foi acrescido valor exclusivamente a título de juros e/ou encargos.

Como se observa, o Fisco baseou-se na DCTF do contribuinte, sem que tenha sido o lançamento revisado, para efeito de gerar necessidade de prévio procedimento fiscal para a respectiva cobrança. Ainda que se refira à diferença de juros ou multa, por recolhimento em atraso, não se exige procedimento fiscal e lançamento, pois a inadimplência, mesmo quando seja integral, a teor do que já assentado na jurisprudência consolidada, autoriza a cobrança sem necessidade de qualquer procedimento administrativo e, portanto, com maior razão, não se pode exigir lançamento de ofício, quando a

inadimplência refira-se tão-somente, como no caso, a acréscimo, previsto em lei, aplicável por atraso no recolhimento ou no depósito judicial.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00022 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0024974-92.2002.4.03.6182/SP

2002.61.82.024974-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : Comissão de Valores Mobiliários CVM

ADVOGADO : DANIELA CAMARA FERREIRA e outro

APELADO : COMIND PARTICIPACOES S/A

No. ORIG. : 00249749220024036182 8F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

1. Inicialmente, retifique-se a autuação, tendo em vista que a sentença não foi submetida ao duplo grau obrigatório, nos termos da correção de fls. 23.

2. Cuida-se de apelação interposta pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM em execução fiscal julgada extinta nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

A fls. 45/47 e 48/56, a apelante aduz que foi efetuado o pagamento do débito discutido, requerendo a extinção do feito nos termos do art. 794, I, do CPC.

Decido.

Tendo, pois, a executada reconhecido a dívida, satisfazendo o crédito fiscal discutido, à mingua de objeto e, conseqüentemente, em face da superveniente perda de interesse processual, entendo ser caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, julgando prejudicado o recurso, ao qual nego seguimento, com fundamento nos arts. 503 e 557, *caput*, do mesmo diploma legal.

Decorrido *in albis* o prazo processual, arquivem-se os autos.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0043410-60.2006.4.03.6182/SP

2006.61.82.043410-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : SOLOTICA IND/ E COM/ LTDA

ADVOGADO : ROMEU DE OLIVEIRA E SILVA JUNIOR e outro

: CARLOS ROBERTO TURACA

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DESPACHO

Tendo em vista a petição de fls. 99, intime-se o Carlos Roberto Turaça a fim de que providencie instrumento de mandato com poderes específicos para renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010016-62.2007.4.03.6106/SP

2007.61.06.010016-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : HUANG CHEN LUNG e outro
: LIN MEI SHIAN
ADVOGADO : FERNANDA REGINA VAZ e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
INTERESSADO : CARTONAGEM RIO PRETO LTDA
No. ORIG. : 00100166220074036106 6 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta por Huang Chen Lung e Lin Mei Shian em embargos à execução fiscal julgados improcedentes.

A fls. 345/347, o MM. Juízo *a quo* encaminha cópia de decisão pela qual determina a extinção da execução fiscal subjacente, nos termos do art. 794, I, do CPC.

A fls. 349/351v, os apelantes reiteram a informação, requerendo a extinção do presente feito.

Decido.

Tendo, pois, os apelantes/executados reconhecido a dívida, satisfazendo o crédito fiscal discutido, à mingua de objeto e, conseqüentemente, em face da superveniente perda de interesse processual, entendo ser caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, julgando prejudicado o recurso, ao qual nego seguimento, com fundamento nos arts. 503 e 557, *caput*, do mesmo diploma legal.

Decorrido *in albis* o prazo processual, arquivem-se os autos.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009932-21.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.009932-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : PETROMIL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA
ADVOGADO : EDSON BALDOINO JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DESPACHO

Não tendo o Dr. Edson Baldoino Junior cumprido o despacho de fls. 113, deverá permanecer no patrocínio da causa até a comprovação de forma inequívoca de que o mandante foi cientificado quanto à sua renúncia (fls. 93/94), nos termos do art. 45 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0040470-78.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.040470-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : LUCAS PEGRUCCI BARCELOS incapaz
ADVOGADO : JURACI FONSECA DO NASCIMENTO
REPRESENTANTE : JOSE ANSELMO BARCELOS e outro

INTERESSADO : ELMARA APARECIDA PEGRUCCI
No. ORIG. : USICLINICAS ADMINISTRADORA DE CONVENIOS S/C LTDA
DECISÃO : 08.00.00258-1 1 Vr BATATAIS/SP

Vistos.

Cuida-se de apelação em face de r. sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro, sob o fundamento de que a conta penhorada no executivo fiscal movido em face de seus pais, em que pese estar vinculada ao CPF dos executados, de fato pertence ao embargante, menor impúbere. Houve condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada com a r. sentença, a Fazenda Nacional apresentou suas razões de apelação, fls. 57/60, alegando, em síntese, que a conta bloqueada não pode ser considerada como poupança, já que foram efetuados vários saques em pouco período de tempo. Ademais, aduz que o argumento de que o autor é filho dos executados, motivo pelo qual a conta foi cadastrada com o CPF de seus genitores, não serve para afastar a titularidade da conta referida, já que não é exigida a maioridade para o cadastramento no Ministério da Fazenda. Por fim, pugna pela exclusão de sua condenação na verba honorária, visto que não deu causa a eventual penhora que se considere indevida, já que os genitores deviam ter providenciado a alteração da conta bancária no momento em que o embargante obteve seu próprio cadastro (jul/2007).

Regularmente processados, os autos subiram a esta Corte.

É a síntese do necessário.

Relatado, decido.

Analisando os documentos acostados nos autos, é possível constatar que a conta bloqueada no executivo fiscal é, de fato, de titularidade do menor embargante (fls. 19). Partilho do mesmo entendimento adotado pelo d. magistrado por ocasião da prolação da r. sentença, o qual utilizou, inclusive, como uma das razões para decidir, o parecer do i. integrante do Ministério Público (fls. 46/47), tendo assim consignado: "*A utilização do CPF dos pais para abertura de conta para os filhos é prática lícita e comumente utilizada como finalidade de estabelecer-se, desde cedo, uma segurança para criação dos filhos.*"

Desta feita, a partir do momento em que foram feitos depósitos na referida conta, ainda que realizados por seus genitores, a propriedade dos valores lá registrados é de seu titular.

A tese levantada pela embargada de que os saques sucessivos desnaturariam a qualidade de poupança da conta em questão não merece ser apreciada nesta ocasião, visto que se encontra prejudicada. Seja poupança ou conta corrente, a questão é que não se podem penhorar créditos de terceiros para garantir dívida tributária em execução de que não faz parte, sem o seu devido consentimento.

Ademais, a prova produzida nos autos é de que realmente a conta bloqueada é de titularidade do autor, menor impúbere. Caberia à embargada trazer a contraprova necessária para afastar a presunção vigente nos autos, tal seja, apresentar indícios de que se trata de eventual conduta praticada pelos executados com o intuito de fraudar os cofres públicos, encargo este de que não se desincumbiu.

Em situação semelhante, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA INCIDENTE SOBRE CONTA DE POUPANÇA. TITULARIDADE. DEMONSTRAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA. VALOR INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. INCIDÊNCIA DO ART. 649, "X" DO CPC. - Cuida-se de embargos de terceiro objetivando o desbloqueio do saldo de conta poupança, penhorado através do sistema BACEN-JUD, em decorrência de execução fiscal movida pela Fazenda Nacional em face da genitora do ora apelado.

*- **Restou comprovado que o embargante é efetivamente o titular da conta poupança, a qual se encontra vinculada ao CPF da executada tão-somente porque à época de sua abertura o apelado era menor de idade.***

- Embora não seja possível reconhecer que os valores depositados em conta poupança tivessem natureza salarial e, por conseqüência, se pudesse lhes atribuir a nota de impenhorabilidade de que cuida o art. 649, inc. IV do CPC, também não se pode presumir que era a genitora do apelado quem continuava a depositar em seu favor valores esporádicos, ante a inexistência de qualquer prova, ou mero indício de prova nesse sentido.

- Comprovado pelo embargante/apelado a titularidade da conta, sendo presumível que os valores nela depositados efetivamente lhe pertencem, impunha-se à apelante se desincumbir do onus probandi que lhe cabia, nos termos do art. 333, inc. II do CPC, demonstrando a efetiva ocorrência de consilium fraudis, culpa ou má-fe do embargante. Não o tendo feito, descabido cogitar-se da ocorrência de fraude à execução.

- Em acréscimo, deve-se reconhecer que não poderia ter sido efetivado o bloqueio do valor depositado na conta do apelado (R\$ 2.700,00), por ser absolutamente impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, nos precisos termos do art. 649, inc. X do CPC.

- Apelação desprovida.

(TRF5 - Segunda Turma, AC 444278/PE, processo 200783000179729, Rel. Des. Fed. Leonardo Resende Martins, j. 19/05/2009, v.u., publicado no DJ de 17/06/2009, p.239, nº 113)

No entanto, entendo que assiste razão à União no que tange à sua indevida condenação na verba sucumbencial. Vê-se que não se pode atribuir à embargada a responsabilidade pela realização desta penhora que, ao final, demonstrou-se indevida, visto que, considerando que o menor já tem seu cadastro individualizado de CPF, deveriam os executados ter providenciado a devida alteração na conta em testilha, a fim de evitar inconvenientes como este, pois sabedores de pendências fiscais em seu nome.

Doutrina e jurisprudência reconhecem que o tratamento a ser dado à sucumbência é o já existente no ordenamento jurídico, prevalecendo o princípio da responsabilidade.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Com as despesas do processo haverá de arcar quem, de modo objetivamente injurídico, houver-lhe dado causa, não podendo redundar em dano para quem tenha razão." (STJ-3ª Turma, j. 25.4.94, negaram provimento, v.u., DJU 23.5.94, p. 12.606)

Portanto, em consonância com o princípio da causalidade, afigura-se indevida a condenação da União em honorários advocatícios, uma vez que foram os próprios executados quem deram causa à penhora combatida. Ademais, não se pode qualificar a postura da embargada como de resistência indevida, já que era a única garantia encontrada para satisfazer parte de seu crédito, diligência esta que foi efetuada por ordem do Juízo.

Ante o exposto, com fundamento no *caput* e no § 1º-A do artigo 557 do CPC, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da União, nos termos da fundamentação *supra*.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Int.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038814-86.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.038814-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES

APELANTE : MAGENTA IND/ E COM/ LTDA

ADVOGADO : LUCIANA SEMENZATO

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 99.00.00445-4 A Vr DIADEMA/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação de r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal que a Fazenda Nacional move contra MAGENTA IND. E COM. LTDA., visando a cobrança de PIS, referente ao período de fevereiro/95 a janeiro/96, condenando a embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e em honorários advocatícios fixados 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Apela a embargante, pugnando pela reforma da r. sentença, reiterando as matérias aduzidas na inicial. Sustenta a nulidade da CDA, sob o fundamento de que a Fazenda Nacional deveria ter substituído o título executivo a fim de

abater os valores já pagos pelo parcelamento, o que não logrou fazer, ensejando, por consequência, excesso de penhora. No mais, alega ser ilegal e inconstitucional a exação, pois fundada nos Decretos-Leis n.ºs. 2.445/88 e 2.449/88, dispositivos estes declarados inconstitucionais e expungidos do ordenamento pátrio. Entende ser inconstitucional a aplicação da taxa SELIC, da correção monetária e dos juros moratórios; bem como aduz que as multas de 30% aplicadas pela apelada fogem a realidade e assumem caráter confiscatório. Por fim, insurge-se quanto ao encargo de 20% previsto no Decreto-Lei 1.025/69 e pleiteia o afastamento de sua condenação na verba sucumbencial, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

Regularmente processados, os autos subiram a esta Corte.

É a síntese do necessário.

Relatado, decido.

A hipótese comporta julgamento nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Primeiramente, não assiste razão ao apelante no que tange à nulidade do título executivo por ausência de sua substituição com o abatimento dos valores pagos via parcelamento, visto que se trata de mero cálculo aritmético realizado pelo Fisco. Destaco, como bem asseverou o d. magistrado por ocasião da r. sentença, não ser imprescindível a substituição da CDA quando há pagamento parcial no decorrer do processo executivo, visto que os valores em execução estão vinculados a um número de inscrição em dívida ativa e qualquer pagamento realizado, seja por via ordinária ou por parcelamento, fica vinculado à referida inscrição, cujo abatimento é possivelmente verificado quando da atualização dos respectivos valores. A fim de corroborar tal tese, basta confrontar o extrato trazido pela exequente em 2003 - R\$ 9.781,92 (fls. 137) - com o constante da exordial executiva - R\$ 10.450,96 (fls. 86), donde se pode concluir que os valores pagos foram devidamente alocados ao débito exequendo, já que a atualização do débito em 2003 demonstrou-se inferior ao cobrado na inicial, proposta em 1999.

Do mesmo modo não há como prosperar a alegação de excesso de penhora, já que a constrição pode ser substituída ou reduzida a qualquer tempo, bastando um mero pedido nos próprios autos de execução fiscal.

Vencida a questão preliminar, passo a analisar as demais alegações.

A dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Necessário para ilidi-la, prova em contrário, concretamente demonstrável, e não simplesmente meras alegações desprovidas de conteúdo, como ocorre no caso em tela, vejamos.

A Certidão de Dívida Ativa acostada aos autos principais, em apenso, inversamente do que faz crer a apelante, não foi fundamentada nos Decretos-Leis n. 2.445/88 e 2.449/88, não prosperando o apelo neste sentido, encontrando-se, portanto, lúdima a cobrança.

Cumprido destacar que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei, conforme disposto no § 2º do art. 2º da Lei n. 6.830/80.

Desse modo, os acréscimos legais são devidos e integram-se no principal, consubstanciando o crédito fiscal, tendo cada um finalidade específica, ou seja: a multa penaliza pela impontualidade, os juros moratórios compensam o credor pelo atraso no adimplemento da obrigação e a correção monetária restabelece o valor corroído pela inflação.

Portanto, a cobrança cumulada de juros de mora, multa e correção monetária deriva exclusivamente de imposição legal, encontrando-se a Fazenda Pública adstrita ao princípio da legalidade.

Quanto à cobrança dos juros, cumpre salientar que, na hipótese de débitos tributários para com a União Federal, o percentual adotado para os juros de mora não mantém a taxa histórica de 12% ao ano, podendo o legislador fixá-lo em patamares superiores, segundo critério de conveniência política, que foge ao controle jurisdicional.

Pois bem. O art. 161, § 1º, do CTN, é claro ao dispor sobre a possibilidade de regulamentação da taxa de juros por lei extravagante, fixando-a, apenas de forma supletiva, em 1% ao mês.

Desta feita, perfeitamente possível a aplicação, após a extinção da UFIR, da taxa média mensal de captação do serviço de liquidação e custódia para títulos federais (SELIC), acumulados mensalmente, como único índice de correção monetária. Destaco que nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade milita contra sua incidência ante a expressa previsão legal.

Além disso, a limitação dos juros prevista no § 3º do art. 192 da CF/88, por ser norma de eficácia limitada, não era auto-aplicável, conforme o enunciado da Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal:

"Súmula Vinculante nº 7 - A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar."

Na espécie, não há cobrança cumulada a título de juros, mas apenas a utilização da taxa SELIC com o fim de computá-los. A questão da incidência da taxa SELIC como juros de mora nos tributos e contribuições não pagos no prazo legal é matéria que se encontra pacificada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CSSL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA DECADÊNCIA OU PRESCRIÇÃO. FATO GERADOR. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. Consoante assentado na jurisprudência da Corte, é perfeitamente legal a aplicação da denominada taxa SELIC aos créditos da Fazenda Nacional.

2. Em se tratando de lançamento por homologação, é possível que o Fisco, independentemente de procedimento administrativo de lançamento, apure o seu crédito mediante a inscrição na dívida ativa e posterior ação executiva.

(...)

(STJ 1ª Turma, RESP 577379, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, v.u., DJ 10/05/2004, p. 190)

Portanto, a aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros nos executivos fiscais é legítima.

No entanto, assiste razão à embargante no que tange à redução do percentual fixado a título de multa moratória.

A redução da multa de mora cobrada no percentual de 30% revela-se possível face à retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte em caso de ato não definitivamente julgado, nos termos do disposto na alínea "c", do inciso II, do artigo 106 do Código Tributário Nacional, vez que a Lei 9.430/96, em seu art. 61, § 2º, dispôs sobre a limitação do seu percentual em 20 %.

Nos termos do art. 106, II, "c" do CTN, a lei posterior mais benéfica ao contribuinte pode ser aplicada a fatos pretéritos, na hipótese de ato ainda não definitivamente julgado, considerado este o lançamento fiscal impugnado por meio de embargos, uma vez que o ato administrativo se sujeita à revisão pelo Poder Judiciário.

Veja-se, a respeito, o seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LEI ESTADUAL 9.399/96. MULTA. REDUÇÃO. ARTS. 106, III, C, DO CTN. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. À falta do indispensável prequestionamento, não se conhece do recurso especial. São aplicáveis os princípios estabelecidos nas Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Não tendo sido definitivamente julgada a controvérsia, tem direito o devedor à redução da multa moratória prevista na Lei Estadual 9.399/96. Isso, porque o Superior Tribunal de Justiça, com fundamento nos arts. 106, II, c, e 112 do CTN, consagra entendimento no sentido da possibilidade de redução da multa moratória, mesmo que proveniente de atos anteriores à lei mais benéfica.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (grifo meu)

(STJ - 1ª Turma, RESP 721428/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, v.u., DJ 29/11/2007, página 173)

Desta feita, a multa moratória deve ser aplicada no percentual de 20%, em razão do cumprimento estrito da Lei n. 9.430/96, art. 61, §§ 1º e 2º. Assim, não cabe ao Poder Judiciário sua redução ou exclusão, sob pena de ofensa direta à lei. A cobrança desse encargo não se confunde com a disposição do Código de Defesa do Consumidor, por referir-se este a relação de consumo, justificando-se o percentual aplicado em vista de sua natureza punitiva, pois decorre do simples inadimplemento de obrigação tributária pelo contribuinte.

Noutro giro, sem razão a insurgência contra a cobrança do encargo do Decreto-lei n. 1.025/69.

A cobrança desse encargo não se destina somente a honorários advocatícios, mas também a ressarcir despesas efetuadas em decorrência da inscrição do débito em dívida ativa e o ajuizamento da ação executiva e se aplica a todos os executados pela União e não somente a alguns deles, caracterizando-se como sanção cominada ao devedor recalcitrante, motivo pelo qual não se confunde com os honorários de sucumbência previstos na norma processual civil.

A matéria em debate já está pacificada perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que julgou o referido encargo constitucional.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO DO ART. 1º DO DECRETO -LEI N. 1.025/69. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA DESTA CORTE. PRECEDENTE.

Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, promovida a execução fiscal, não pode o juiz reduzir percentual do encargo estabelecido no art. 1º do Decreto-Lei 1.025/69 que, além da verba honorária, cobre as demais despesas atinentes a arrecadação dos tributos não recolhidos oportunamente pelo contribuinte.

...

Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

(STJ - 2ª Turma, RESP n. 179878/DF, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, v.u, DJ 14.12.1998, p. 216)

Todavia, para que não haja "bis in idem", cumpre esclarecer ser incabível, no caso de improcedência em embargos a execuções fiscais, a condenação do devedor em honorários advocatícios, em virtude de tal condenação ser substituída pelo encargo de 20% do Decreto-Lei n. 1.025/69. Dessa forma, há que se prestigiar a jurisprudência consubstanciada na Súmula 168 do extinto TFR, *verbis*:

"O encargo de 20%, do decreto -lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios."

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput* e § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação, apenas para reduzir o percentual aplicado a título de multa moratória para 20%, bem como para afastar a verba aplicada pelo d. Juízo a título de honorários advocatícios, o que faço em razão da incidência do encargo previsto no DL 1.025/69, tudo isso nos termos da fundamentação *supra*.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Int.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0514988-96.1998.4.03.6182/SP

1998.61.82.514988-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : DISMAP DISTRIBUIDORA DE PECAS LTDA
ADVOGADO : NEUSA APARECIDA MOREIRA DA SILVA SIQUEIRA e outro
No. ORIG. : 05149889619984036182 3F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de apelação em face de r. sentença que julgou extinta a execução fiscal ajuizada para a cobrança de IRPJ (valor de R\$ 13.492,72 em dez/97 - fls. 02), nos termos do art. 794, II, do CPC c/c art. 26 da Lei nº. 6.830/80, à vista da informação da ocorrência da remissão e do cancelamento dos débitos inscritos em dívida ativa da União. Houve condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

Apelação da exequente, fls. 195/200, pugnando pela reforma da r. sentença, sob o fundamento de que o modo em que proferida não respeita os ditames do art. 26 da LEF. Aduz que a decisão impugnada, ao condenar o ente público na verba honorária, violou frontalmente a literalidade de norma legal em vigor, expressa no art. 1º-D da Lei 9.494/97. Ao final, sustenta que o cancelamento do débito ocorreu por força de remissão, o qual ocorreu posteriormente ao ajuizamento.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.

Relatado, decidido.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A executada apresentou exceção de pré-executividade alegando que os valores em cobro foram objeto de parcelamento e que se encontravam integralmente pagos. Intimada a se manifestar, a União requereu sucessivos pedidos de suspensão de prazo. Após manifestação da Receita Federal pela cobrança de apenas R\$ 52,59, o qual não foi solicitado para parcelamento (fls. 116), a União substituiu a certidão de dívida ativa e requereu o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição em razão do baixo valor remanescente (fls. 161).

Diante do reduzido valor, a executada informou que a dívida foi remida pela exequente, pugnando, ao final, pela extinção do feito (fls. 175/176). Regularmente intimada, diante da remissão prevista no art. 14 da MP 449/08, a exequente pleiteou a extinção da execução fiscal, com fundamento no art. 26 da LEF (fls. 190/191).

Sobreveio a r. sentença combativa.

Analisando a documentação trazida pela executada, é possível concluir que grande parte dos valores foi objeto de parcelamento, o qual foi deferido em 1994. Da mesma documentação, é possível constatar que os pagamentos não foram tempestivos, já que a maioria das DARFs acostadas foi paga com atraso, todas acrescidas de multa e encargo.

Assim, apesar de ter estabelecido o contraditório que ensejou a contratação de advogado de defesa, é imprescindível aferir, de fato, quem deu causa à inscrição do débito em dívida ativa para verificar se cabível ou não a condenação na verba sucumbencial.

Doutrina e jurisprudência reconhecem que o tratamento a ser dado à sucumbência é o já existente no ordenamento jurídico, prevalecendo o princípio da responsabilidade.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Com as despesas do processo haverá de arcar quem, de modo objetivamente injurídico, houver-lhe dado causa, não podendo redundar em dano para quem tenha razão." (STJ-3ª Turma, j. 25.4.94, negaram provimento, v.u., DJU 23.5.94, p. 12.606)

Desta forma, diante das inconsistências apresentadas nas guias de pagamentos, não se pode imputar a exequente a responsabilidade pelo ajuizamento da execução fiscal, tampouco pela contratação de advogado para apresentação de defesa da parte executada. Ademais, não houve pagamento integral do débito exequendo, visto que remanesceu um valor, ainda que reduzido, o qual fora objeto de remissão pela exequente (fls. 191).

Sendo assim, em consonância com o princípio da causalidade, indevida a condenação da exequente em honorários, uma vez que o pagamento das parcelas do parcelamento a destempo pela executada deu causa à ação executiva contra ela proposta. Destaca-se que foi somente após o ajuizamento do executivo fiscal é que a exequente obteve as informações suficientes para efetuar o cancelamento da inscrição.

Ante o exposto, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO à apelação, nos termos da fundamentação supra.

Após o decurso de prazo, baixem os autos ao Juízo de origem.

Int.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
CECÍLIA MARCONDES
Desembargadora Federal Relatora

00029 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0536836-42.1998.4.03.6182/SP
1998.61.82.536836-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
PARTE AUTORA : POMPEIA S/A IND/ E COM/
ADVOGADO : RICARDO GOMES LOURENCO e outro

PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05368364219984036182 3F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Visto.

Cuida-se de remessa oficial em face de r. sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, esta ajuizada pela Fazenda Nacional em face de Pompéia S.A. Indústria e Comércio visando a cobrança de FINSOCIAL no valor de R\$ 1.644,16 em dez/96 (fls. 91). Houve condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

O MM. Juízo, por ocasião da r. sentença, reconheceu a nulidade parcial da execução, bem como o pagamento tempestivo de parte do débito. Aquele em razão de parte do crédito estar com a exigibilidade suspensa, tese esta que foi inclusive reconhecida pela própria embargada; e o pagamento, visto que, pelas provas dos autos, ocorreu anteriormente ao ajuizamento e não fora refutado diretamente pela embargante.

Não foram interpostos recursos voluntários pelas partes.

Subiram os autos a esta Corte em razão do reexame necessário.

É a síntese do necessário.

Relatados, decido.

Cumprido salientar, logo de início, que, de acordo com a redação do § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, introduzida pelo art. 1º da Lei nº 10.352/01, não está mais sujeita a reexame necessário *"sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor."*

Considerando que o caso dos autos trata-se da situação prevista na parte final do referido dispositivo legal, porquanto se cuida de embargos à execução fiscal cujo direito controvertido não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, a remessa oficial não há que ser conhecida.

Assim, considerando a ausência de recurso voluntário das partes, a r. sentença deve ser mantida integralmente.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO DO REEXAME NECESSÁRIO, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Após as cautelas de praxe, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Int.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00030 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0025495-55.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.025495-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
EMBARGANTE : CONSELHO FEDERAL DE FARMACIA CFF
ADVOGADO : GUSTAVO BERALDO FABRICIO e outro
INTERESSADO : Universidade Federal de Sao Paulo UNIFESP
ADVOGADO : REGINALDO FRACASSO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 24 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Vistos.

Trata-se de embargos de declaração tirados de decisão de minha relatoria que negou seguimento ao reexame necessário interposto nos autos da ação coletiva proposta pelo Conselho Federal de Farmácia - CFF contra a Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP objetivando a declaração da nulidade do Anexo I do Edital nº 4/2003 de concurso público para a contratação de "técnicos de laboratório" e "técnicos de farmácia".

Por meio de embargos de declaração opostos a fls. 312/318 o Conselho Federal de Farmácia - CFF alega, em suma, que a legislação farmacêutica não prevê a categoria de técnicos em farmácia e que a exceção permitida aos oficiais e práticos de farmácia não abrange os técnicos e auxiliares. Sustenta que os cursos profissionalizantes de auxiliares e técnicos de farmácia não são reconhecidos pelo MEC ou oferecem carga horária insuficiente.

É o necessário.

Decido.

Prescreve o artigo 535 do CPC o cabimento de embargos de declaração em havendo na sentença ou acórdão obscuridade, contradição ou omissão a serem sanadas. Verificando-se que não há qualquer dos vícios acima apontados, outra não será a conclusão senão pela inadmissibilidade dos embargos, cabendo ao juiz ou relator rejeitá-los de plano.

É o que verifico no caso em apreço. A embargante em momento algum aponta qualquer das irregularidades supracitadas. Pelo contrário, deixa transparecer o seu intuito de ver reformada a decisão recorrida, não integrada. Ora, o fato de a lei assegurar às partes um expediente de natureza saneadora, de aprimoramento do julgado, não significa que seu emprego possa se dar ao bel prazer daquele a quem desagrada a decisão proferida. Há que se agir com critério: se a embargante almeja a rediscussão de sua pretensão, que se valha dos meios idôneos para tanto, pois que a via eleita não se presta para esse desiderato.

Em suma, a decisão está robustamente fundamentada. Não há vícios a serem sanados e tampouco o que ser emendado: se é a reforma do julgado que busca a recorrente, para isto não se prestam os embargos declaratórios, pena de se aviltar a sua razão ontológica.

Inobstante, verifico que na decisão recorrida há erro material, certamente ocorrido quando de sua digitação, pois na parte dispositiva, onde deveria constar "*nego seguimento à remessa oficial*" constou "*nego seguimento à apelação*" (fls. 310). Como resta evidente não ter sido interposto recurso voluntário, tendo o feito subido a esta Corte exclusivamente por força do reexame necessário, impõe-se a correção, de ofício, do erro material, o que faço com fulcro no artigo 463, I, do CPC.

Dessa forma, altero o dispositivo para que doravante conste:

*"Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO à remessa oficial.**"*

Por tais fundamentos, corrijo de ofício o erro material verificado e, por serem manifestamente improcedentes, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** aos embargos de declaração. Após as cautelas de praxe, baixem os autos à origem.

Int.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00031 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0027560-47.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.027560-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CECILIA MARCONDES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : ELIZABETH DE GODOY
ADVOGADO : MARCELO MARCOS ARMELLINI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00275604720084036100 12 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se remessa oficial e apelação interposta em ação ordinária declaratória cumulada com repetição de indébito e antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do imposto de renda, interposta com o fim de ver declarada a inexigibilidade das quantias recolhidas a título de imposto de renda referente ao recebimento do benefício pago mensalmente a título de complementação aposentadoria, recebida pelo Fundo de Pensão da BANESPREV, bem como a repetição das quantias recolhidas a esse título nos últimos dez anos, corrigidas monetariamente a partir do recolhimento indevido, acrescidas de juros de mora de 12% ao ano a partir do trânsito em julgado.

Documentos acostados aos autos às fls. 20/33, comprovando o recolhimento de contribuições da autora ao Fundo de Previdência, bem como o desconto do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de complementação aposentadoria.

Deferida parcialmente a antecipação de tutela para suspender o desconto do imposto de renda quando do resgate, tão somente em relação às contribuições feitas pela autora durante a vigência da Lei nº 7713/88.

Desta decisão, a União Federal interpôs agravo de instrumento, tendo este sido convertido em retido.

A r. sentença monocrática julgou parcialmente o pedido, para declarar a inexigibilidade do recolhimento do imposto de renda referente ao benefício mensal recebido a título de complementação aposentadoria, em relação aos recolhimentos feitos exclusivamente pela autora, no período de outubro/1994 (data do início da contribuição efetuada pessoalmente pela autora ao Fundo de Previdência), até dezembro/1995, acrescidas de correção monetária pelo Provimento CG/TRF3ªR nº 64/05, e a partir de janeiro/1996, pela taxa Selic. Ante à ocorrência da sucumbência recíproca, condenou as partes a arcarem com as custas e honorários advocatícios dos respectivos patronos.

A União Federal interpôs apelação pleiteando, em preliminar, a nulidade da r. sentença, em razão da desobediência ao disposto no "caput" do art. 3º, da Lei nº 10.259/01, que determina a competência do juizado especial federal cível para processar e julgar as causas de até 60 salários, tratando-se esta de competência absoluta. Afirma ainda não haver supedâneo legal para a escolha de vara Federal para processar o feito. Arguiu preliminar de mérito, apontando a ocorrência de prescrição quinquenal a contar do recolhimento indevido com relação ao montante recolhido no prazo de cinco anos anteriores à propositura da ação.

Vistos. DECIDO.

Preliminarmente, não conheço do agravo retido interposto, ante à ausência de requerimento de sua apreciação nas razões de apelação.

Ainda em preliminar, não merece prosperar a arguição de nulidade da sentença, em razão da competência absoluta da Vara do Juizado Especial, aduzida pela União Federal nas razões de apelação.

Efetivamente, o "caput" do artigo 3º, da Lei nº 10.259/01 determina a competência do Juizado Especial Federal Cível para processar e julgar as causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 salários mínimos, afirmando ainda, tratar-se esta de competência absoluta no foro onde houver Vara do Juizado Especial.

Todavia, embora o valor da causa atribuído às fls. 12 da petição inicial tenha sido de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), este não corresponde ao valor do benefício econômico pretendido pela autora, por se tratar de benefício de complementação de aposentadoria pago mensalmente de forma vitalícia, não sendo possível aferir-se a exatidão da quantia.

Quanto ao mérito, ainda em preliminar, não há que se falar na ocorrência do prazo prescricional quinquenal, conforme afirma as razões de apelação da União Federal.

Interposta a ação em 07/11/2008, somente restariam prescritas as parcelas retidas ao imposto de renda anteriores aos 5 (cinco) anos que antecedem à propositura da ação, que ocorreria antes de 07/11/2003, o que não ocorreu, uma vez que o início do recebimento do benefício deu-se em 06/03/2004, portanto, não existem parcelas prescritas.

No mais, consoante amiúde decidido por esta E. Turma, há duas situações distintas para a tributação *quando do resgate das contribuições efetuadas a entidades de previdência privada*, muito bem sintetizadas pelo ilustre Desembargador Federal Carlos Muta em seu voto proferido no julgamento do AMS nº 2003.61.26.000369-6, cuja ementa foi publicada no DJU de 06.10.2004, na página 211:

"Para as contribuições devidas pelo próprio empregado ocorre o seguinte: (1) as desembolsadas até 31.12.95 foram objeto de imposto de renda na fonte, quando do recolhimento, daí porque não se admite nova incidência no respectivo resgate (artigo 7º da MP nº 2.159, de 24.08.01, vigente na forma do artigo 2º da EC nº 32, de 11.09.01); e (2) as recolhidas a partir de 01.01.96, podiam ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda devido pelo empregado no ano-calendário, incidindo a tributação somente ao final, quando e sobre o valor do resgate das contribuições (artigo 8º, inciso II, e c/c artigo 33 da Lei nº 9.250/95).

Para os pagamentos efetuados pelo empregador, a título de contribuição para o custeio de programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes, a Lei nº 7.713/88 conferiu a isenção do imposto de renda ao patrocinador (artigo 6º, VIII), mas tributou, na fonte, o resgate, pelo empregado, do saldo constituído pelas contribuições vertidas (artigo 31, inciso I), o que foi confirmado pelo artigo 33 da Lei nº 9.250/95."

Como se vê, para as contribuições desembolsadas exclusivamente pelo empregado até a data de 31 de dezembro de 1995, não se admite a incidência de imposto de renda (MP nº 2159-70). Daí em diante, bem como para as contribuições a cargo da empregadora, a tributação se mostra devida.

Em caso semelhante ao ora tratado, envolvendo a mesma sociedade de previdência privada, a E. 4ª Turma desta C. Corte assim decidiu:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PREVI-GM - SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIO SUPLEMENTAR. CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELO PARTICIPANTE E PELO PATROCINADOR. LEI Nºs. 7.713/88 e 9.250/95. 1. Reveste-se de natureza patrimonial a verba recebida pelo trabalhador, paga pelo Plano de Suplementação de aposentadoria. Não representa simples devolução de contribuições vertidas pelo beneficiário, mas reflete o resultado da administração de um fundo, formado, inicialmente, por contribuições daquele e também do patrocinador. 2. Desde a criação das instituições de previdência privada pela Lei 6.435/77, as contribuições eram deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda, cuja incidência deveria ocorrer no momento em que o contribuinte percebia o benefício. 3. Na vigência da Lei 7.713/88 eram isentos de imposto de renda os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, relativamente às contribuições do participante (trabalhador). E o era por uma razão simples: aquela parcela - retirada do salário do trabalhador - passou a ser objeto da incidência do IRPF no momento do recebimento do salário em razão do novo

regramento. Se sobre ela viesse a incidir novamente o IR, no momento do levantamento ou resgate, essa incidência configuraria *bis in idem*, constitucionalmente vedado. 4. Com a sobrevinda da Lei 9.250/95, a disciplina foi alterada, para que o resgate do benefício, na sua totalidade, fosse tributado pelo IRPF.

5. As contribuições vertidas pelo empregador sempre receberam do legislador o mesmo tratamento tributário, inexistindo situação apta a afastar, no momento do recebimento do benefício, a incidência do imposto de renda.

6. Deve ser afastada a incidência do imposto de renda somente na parte do benefício formada por contribuições vertidas pelo impetrante, no período de 01.01.89 a 31.12.95. Quanto a todo o mais, deve o benefício sofrer a tributação imposta pelas leis que regem a matéria, porquanto se trata de realidade econômica nova que se incorporou ao patrimônio do impetrante.

7. Remessa oficial e apelações desprovidas."

(TRF 3ª Região, AMS nº 2001.61.00.012462-4, 4ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Djalma Gomes, j. 10.05.2006, DJU 30.08.2006, pág. 285)

No mesmo sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEIS N. 7.713/88 E 9.250/95. RESTITUIÇÃO.

1. Sob pena de ofensa ao postulado do *non bis in idem*, não se afigura jurídico o recolhimento de imposto de renda sobre os valores nominais das complementações dos proventos de aposentadoria de segurado da previdência privada que, na vigência da Lei n. 7.713/88, recolhia na fonte o tributo incidente sobre os seus rendimentos brutos (já incluída a parcela de contribuição à previdência privada).

2. Na vigência da Lei n. 9.250/95, tendo o participante passado a deduzir da base de cálculo - consistente nos seus rendimentos brutos - as contribuições recolhidas à previdência privada, não configura *bis in idem* a incidência da exação quando do recebimento do benefício.

3. Não incide imposto de renda sobre a parcela do benefício correspondente às contribuições recolhidas pelos recorrentes no período de vigência da Lei n. 7.713/88.

4. Recurso especial parcialmente provido para afastar a incidência do imposto de renda apenas sobre a parcela da complementação de

aposentadoria formada com recursos exclusivos da segurada."

(STJ, RESP nº 200300310237/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 09.11.2004, DJ 22.08.2005, pág. 195)

Portanto, não incide do imposto de renda no que se refere ao recebimento do benefício de aposentadoria complementar, na parte formada pelas contribuições do autor ao fundo de reserva, no período de vigência da Lei nº 7713/88, nos termos das já pacificadas decisões desta Corte e do E. STJ.

Mantida ainda a r. sentença em relação aos consectários legais aplicados na repetição (aplicação da taxa Selic a partir de janeiro/96), bem como na fixação da sucumbência recíproca, a teor do disposto no art. 21, "caput", do CPC.

Ante o exposto, não conheço do agravo retido, rejeito as preliminares e, na forma do "caput", do artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

Int.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

CECÍLIA MARCONDES

Desembargadora Federal Relatora

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005215-31.2006.4.03.6109/SP

2006.61.09.005215-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : CARBUS IND/ E COM/ LTDA

ADVOGADO : CLEIDEMAR REZENDE ISIDORO e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DESPACHO

1. Retifique-se a numeração a partir de fls. 1409.

2. Tendo em vista a petição de fls. 1405/1413, intime-se a Dra. Cleidemar Rezende Isidoro a fim de que providencie instrumento de mandato com poderes específicos para renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00033 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006580-64.2008.4.03.6105/SP
2008.61.05.006580-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : HELIO MARCOS COUTINHO BELTRAO
ADVOGADO : LIGIA REGINI DA SILVEIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP

DESPACHO

Vistos etc.

Oficie-se à autoridade coatora, com cópia da petição e documentos de f. 347/54.

Decorrido o prazo para recurso pela Fazenda Nacional, os autos devem ser encaminhados, com urgência, à Vice-Presidência para admissibilidade dos recursos interpostos às instâncias superiores.

Publique-se.

São Paulo, 27 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00034 MEDIDA CAUTELAR Nº 0032876-52.2001.4.03.0000/SP
2001.03.00.032876-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
REQUERENTE : CARLOS ALBERTO FERREIRA ADVOCACIA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO PEIXOTO GUIMARAES e outro
REQUERIDO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 1999.61.00.056708-2 23 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Vistos etc.

Expeça ofício para conversão em renda dos valores bloqueados com as informações indicadas pela Fazenda Nacional à f. 417.

Intime-se.

Após, no silêncio, ao arquivo.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032347-42.1996.4.03.6100/SP
1996.61.00.032347-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : AKIO WATANABE (= ou > de 60 anos) e outros
: CELSO SANTO GUARNIERI
: EDSON CORREIA DA SILVA
: FRANCISCO LUIZ FURLANETO
: JOAO ACCACIO GENTIL
: JOSE CARLOS NETTO SILVA
: MARIA DE LOURDES SANTOS VEIGA
: ODAIR GONCALVES DA SILVA
ADVOGADO : THIAGO MONTEIRO DE FIGUEIREDO e outro
APELADO : Banco do Brasil S/A

ADVOGADO : CLAUDIO MARCOS KYRILLOS e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : FERNANDA MAGNUS SALVAGNI e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
No. ORIG. : 00323474219964036100 17 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação em ação de reposição de correção monetária, com base no IPC, de saldos de contas do Fundo PIS/PASEP, acrescido o principal dos acessórios legais e verbas de sucumbência.

A r. sentença declarou a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil (artigo 267, IV, CPC), e, no mais, julgou improcedente o pedido, decretando a prescrição quinquenal (Planos Bresser, Verão e Collor I e II) e a validade da reposição aplicada (período de 1992 e Plano Real: julho e agosto/94), com verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da causa, cuja execução foi sobrestada, enquanto permanecer a condição de beneficiários da Justiça Gratuita.

Foram opostos e rejeitados os embargos de declaração.

Apelaram os autores, alegando, em suma, que: **(1)** a CEF e o Banco do Brasil têm legitimidade passiva; **(2)** houve infringência ao artigo 47, parágrafo único, do CPC, na medida em que: (a) os autores não foram intimados para promover a citação dos litisconsortes necessários; (b) o Conselho Diretor do Fundo PIS/PASEP possui capacidade para estar em Juízo, devendo, por isso, ser citado; e (c) caso se entenda necessário, a União Federal deve ser citada para compor a demanda; **(3)** a despeito do que prevê o artigo 267, § 1º, do CPC, não houve a intimação pessoal dos apelantes para suprir, em 48 horas, a falta de inclusão do réu que se entendeu legítimo para compor a demanda no pólo passivo; **(4)** as instituições financeiras são plenamente responsáveis pela correção monetária dos valores ora discutidos, notadamente porque não se trata, na espécie, de relação jurídica tributária, mas, sim, previdenciária; **(5)** o prazo prescricional para se pleitear as perdas relativas às contribuições sociais é de 30 anos; **(6)** têm direito não apenas aos índices afastados pela r. sentença, em razão da prescrição quinquenal, mas, igualmente, ao IGP/DI de 1992, e ao IGP-M de julho e agosto de 1994; **(7)** incidem juros remuneratórios, moratórios e compensatórios; e **(8)** a verba honorária deve ser fixada, a favor das apelantes, no percentual de 20% sobre o valor da condenação, ou, sucessivamente, a apenas um percentual do valor inicialmente atribuído à causa a todos os apelantes, conjuntamente considerados.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, manifestando o Ministério Público Federal, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.741/03, pela manutenção da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, firme é a jurisprudência no sentido de que a CEF não é parte legítima nas demandas relativas ao Fundo PIS/PASEP, porquanto mera arrecadadora, nos termos do que reconhecido pelo Decreto-lei nº 2.052/83 e, por outro lado, pela jurisprudência dominante, firmada na Súmula 77 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "**A Caixa Econômica Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações relativas as contribuições para o fundo PIS/PASEP**".

Neste sentido, os seguintes acórdãos:

RESP 131.707, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJU 15.12.1997, p. 66259: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL (CEF) NAS AÇÕES REFERENTES AO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) E PROGRAMA DE FORMAÇÃO DE PATRIMONIO DO SERVIDOR PUBLICO (PASEP). SUMULA 77 DO STJ. Segundo a orientação desta Corte, a CEF é parte ilegítima nas ações de repetição ou para liberação das contribuições para o PIS/PASEP, vez que funciona como mera arrecadadora dos recursos, não sendo gestora nem beneficiária deles. Aplicação da Súmula nº 77 do STJ. Recurso Especial provido, sem discrepância."

AC 1999.03.99.078446-5, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJU 27.07.04, p. 232: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PIS/PASEP. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DE CONTAS VINCULADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'. UNIÃO FEDERAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1 - O ato judicial que exclui litisconsorte do feito, mas admite o prosseguimento em relação ao litisconsorte remanescente, não pondo fim ao processo em relação a este último, encerra a natureza jurídica de decisão interlocutória, passível de agravo de instrumento. Precedentes jurisprudenciais. 2 - Inaplicável o princípio da fungibilidade recursal, à míngua de dúvida objetiva e atual acerca do recurso a ser oposto. Precedentes do E. STJ: RESP nº 427786/RS - Rel. Min. FRANCIULLI NETTO - DJ de 04.08.2003; e RESP nº 151449/SP - Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR - DJ de 28.08.00. Apelação do Banco do Brasil S/A que não se conhece. 3 - A CEF é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação na qual se requer a correção monetária integral nos saldos de contas vinculadas do PIS/PASEP. 4 - Legitimada para figurar no pólo passivo da ação, anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, era o Conselho Diretor do Fundo de Participação PIS-PASEP, que detinha, nos termos do Decreto nº 93.200/86, capacidade processual ativa e passiva, sendo representado em Juízo por Procurador da Fazenda Nacional. Atualmente legitimada é a União Federal. Precedentes: AC nº 1999.61.00.040436-3/SP -

TRF3 - Rel. Desemb. Fed. CONSUELO YOSHIDA - DJ de 17.10.2003 - pág.480). 5 - Apelação do Banco do Brasil não conhecida. 6 - Apelação dos autores improvida."

Os mesmos fundamentos amparam a ilegitimidade passiva do Banco do Brasil, valendo destacar o seguinte precedente da Turma:

AC 1999.03.99.011835-0, Rel. Des. Fed. NERY JÚNIOR, DJU 29.10.03, p. 72: "TRIBUTÁRIO - CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - FUNDO PIS-PASEP - CORREÇÃO MONETÁRIA - ILEGITIMIDADE DA CEF E DO BANCO DO BRASIL S/A 1. Após a edição do Decreto-lei n.º 2.052/83 estabeleceu-se a competência exclusiva da União Federal para a cobrança das contribuições devidas ao fundo PIS/PASEP. 2. O Decreto n.º 93.200/86 deu nova redação ao § 8.º do art. 9.º do Decreto n.º 78.276/76, determinando que a representação em Juízo do fundo PIS/PASEP competirá exclusivamente aos Procuradores da Fazenda Nacional. 3. Desta forma, tanto a CEF, quanto o Banco do Brasil S/A não são partes legítimas para figurarem no pólo passivo da relação processual. 4. Apelação do Banco do Brasil não conhecida e apelação dos Autores improvida."

Afastada a legitimidade passiva de ambas as instituições financeiras e dada a regular citação da União, única legitimada para responder aos termos da presente ação de cobrança (f. 216 e verso), é impertinente a discussão de ofensa ao artigo 47 do CPC, por falta de citação de litisconsorte necessário, assim como a de violação do artigo 267, § 1º, do CPC, pois não houve extinção do processo sem resolução do mérito, fundada nas hipóteses dos incisos II e III, mas por força da ilegitimidade passiva da CEF e Banco do Brasil, dada a legitimidade passiva exclusiva da UNIÃO.

No mérito, encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na ação, firme no sentido de que a ação de cobrança das diferenças de correção monetária sobre os valores depositados em contas do Fundo PIS/PASEP, formado pelas contribuições respectivas, sujeita-se a prazo de prescrição quinquenal, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, a teor do que revelam, dentre outros, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma:

AGA 976.670, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 12/03/2010: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS/PASEP. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DL 20.910/32. JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO. 1. O prazo prescricional a se observar em ação de cobrança de expurgos inflacionários de contas individuais do PIS/Pasep é o prazo quinquenal, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei n. 20.910/32. Precedentes: REsp 940.216/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 17.9.2008; REsp 991.549/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6.11.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no Ag 848.861/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3.9.2008; AgRg no REsp 748.369/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 15.5.2007. 2. No caso dos autos, a pretensão dos substituídos concernente à correção dos valores depositados em suas contas, com a aplicação dos percentuais de 42,72% e 44,80% correspondentes aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, encontra-se fulminada pela prescrição, porquanto transcorridos mais de cinco anos entre o termo inicial (data a partir da qual se deixou de ser feito o creditação da última diferença pleiteada) e o ajuizamento da ação, em 4.3.2005. 3. Agravo regimental não provido."

AC 2002.61.08.003288-4, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 27.04.05: "AÇÃO DE COBRANÇA - PIS/PASEP - CORREÇÃO MONETÁRIA - PRESCRIÇÃO - NORMA DE REGÊNCIA - DECRETO 20.910/32 - PRAZO QUINQUENAL. I - Nas ações em que se pleiteia diferenças de correção monetária de recolhimentos relativos à contribuição para o PIS/PASEP, o prazo prescricional para deduzir a pretensão em juízo é quinquenal, nos termos da regra geral de prescrição dos créditos contra a Fazenda Pública prevista no Decreto 20.910/32. II - A contribuição para o PIS/PASEP tem natureza jurídica tributária, não havendo que se cogitar de aplicação analógica do prazo de prescrição trintenário referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). III - Prescrição consumada, porquanto decorridos mais de cinco anos entre a data do último índice pleiteado e a data do aforamento da demanda. IV - Apelação desprovida."

Na espécie, considerando que o pedido de reposição da correção monetária abrange, quanto ao **primeiro período**, o que tem como termo final o IPC de março de 1991, e que a ação foi proposta somente em 09.10.96, resta inequívoco que houve o decurso integral do quinquênio para efeito de prescrição, inviabilizando, pois, a reforma da r. sentença. Em relação ao **segundo período**, como especificado no relatório e julgado pela sentença apelada, embora não esteja atingido pela prescrição, no mérito é patente a improcedência do pedido de reposição à luz da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, no período assinalado, a legislação fixou a aplicação da TR (artigo 38 da Lei 8.177/91) na correção monetária de contas de cadernetas de poupança, FGTS e PIS/PASEP (artigos 12, 17 e 38 da Lei 8.177/91), unificando, assim, a política monetária, tendo sido reconhecida em reiterados precedentes a validade da legislação diante dos pedidos para a reposição dos respectivos saldos com base em índices extraleais.

A propósito da identidade dos critérios legais de correção monetária entre tais contas, FGTS e PIS/PASEP, sem embargo de estarem em situação legal idêntica também às cadernetas de poupança, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme revela, exemplificativamente, o seguinte aresto:

RESP 610.740, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU 16/05/2005: "ADMINISTRATIVO. FUNDO PIS/PASEP. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. Utilização dos mesmos critérios adotados para atualizar as contas vinculadas ao FGTS. Precedentes. Recurso provido."

Sobre a correção monetária aplicável às contas do FGTS, para fins de orientação da solução pertinente às contas do PIS/PASEP, encontra-se firme e pacificada a jurisprudência pela Súmula 252 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido do alcance da reposição possível, a partir de índices extralegais, dentre os quais não se incluem os que, não estando atingidos pela prescrição quinquenal, são pleiteados no presente feito.

Identicamente, a jurisprudência consagrada em relação às contas de poupança revela a improcedência do pedido de reposição, com base nos índices, pleiteados e cujo mérito é possível examinar, quanto às contas do PIS/PASEP, a teor do que revelam os seguintes precedentes:

RESP 256.105, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJU 03/06/2002: "DIREITO ECONÔMICO E PROCESSUAL CIVIL. CADERNETA DE POUPANÇA. DIFERENÇAS DE RENDIMENTOS. PLANO REAL. I - Nos termos do artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a divergência jurisprudencial deverá ser demonstrada mediante confronto entre julgados com a mesma base fática. II - Não contraria os artigos 7º da Lei 8.860/93 e 4º da Lei 8.880/94 o acórdão que estabelece a TR como índice de correção monetária para os depósitos em cadernetas de poupança, nos meses de julho e agosto de 1994. III - Não prospera a arguição de inconstitucionalidade de lei, quando ausente a necessária fundamentação (Súmula nº 284-STF). Recurso especial a que se nega provimento."

RESP 332.590, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU 19/11/2001: "Processual Civil. Econômico. Recurso Especial. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Prequestionamento. Reexame fático-probatório. Caderneta de poupança. Correção monetária. Julho de agosto de 1994. TR. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. - Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando o julgador se pronunciou sobre o tema posto à debate. - Não discutida, pelo tribunal de origem, a questão federal suscitada, o Recurso Especial carece do necessário prequestionamento. - É inadmissível o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial. - Os depósitos de cadernetas de poupança devem ser corrigidos monetariamente de acordo com a TR, nos meses de julho e agosto de 1994. - A comprovação do dissídio jurisprudencial requer que seja demonstrada a similitude fática dos casos retratados nos julgados confrontados e que se aponte concretamente o ponto de divergência entre estes. Recurso provido na parte em que conhecido."

Assim igualmente tem decidido esta Corte:

AC 2003.03.99018526-5, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJF3 19/01/2010: "DIREITO ECONÔMICO - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANO REAL. 1. O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de ser a TR o índice de remuneração das contas de poupança nos meses de julho e agosto de 1994, porquanto o artigo 4º da Lei 8.880/94 não alterou a regra de remuneração dos depósitos em caderneta de poupança disposta no artigo 7º da Lei 8.860/93. 2. Mantida a sentença que corretamente fixou os honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4, do Código de Processo Civil e consoante o entendimento desta Turma, ainda porque não houve impugnação ao valor da causa."

No caso concreto, a inicial impugnou a aplicação do critério legal de correção monetária, fundando a pretensão, exclusivamente, na alegação ampla e genérica de que houve manipulação dos índices ao longo do tempo em prejuízo dos titulares das contas do PIS/PASEP, surgindo daí o direito à indenização nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Embora o texto constitucional tenha sido invocado para fundar o pedido de indenização, formulado em ação de cobrança, verifica-se que não se apontou a violação pela legislação monetária de qualquer preceito constitucional específico, na medida em que o fundamento da ação foi apenas o de que houve manipulação de índices e que os titulares de tais contas têm direito a outros índices para não sofrerem prejuízos de monta, o que, no entanto, não procede à luz da jurisprudência, firme e consolidada no sentido da aplicabilidade dos critérios legais no período quanto ao qual não se encontra prescrita a pretensão.

Saliente-se, outrossim, que a jurisprudência firmada em relação aos critérios de liquidação de sentença, em fase de execução ou cumprimento, ou seja relativa à discussão de atualização de débito judicial, não se aplica no exame do mérito, em fase cognitiva, do pedido de reposição de correção monetária em conta sujeita a critério de atualização previsto em lei, conforme demonstrado pela jurisprudência, que distingue claramente as hipóteses, ao definir as soluções que são próprias a cada âmbito.

No tocante à verba honorária, correta a sentença, que fixou-a em 10% sobre o valor atualizado da causa, de acordo com os critérios do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e com os precedentes da Turma, ficando, porém, suspensa a condenação da execução específica, face à concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, fixada a prescrição no prazo de cinco anos, se mantida a situação de pobreza declarada nos autos, de acordo com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (RESP 67.974, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU 01.09.97).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010007-50.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.010007-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : MANUFATURA DE METAIS MAGNET LTDA
ADVOGADO : ANTONIO TEIXEIRA DE ARAUJO JUNIOR e outro
APELADO : Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de Sao Paulo S/A
RECORRIDO : Agencia Nacional de Energia Eletrica ANEEL
No. ORIG. : 00100075020094036100 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado para *"não permitir o repasse do PIS e da COFINS a impetrante em suas faturas de energia elétrica, bem como, seja declarado o direito de reaver os valores pagos, com as correções legais"*.

A r. sentença denegou a ordem.

Foram opostos e rejeitados os embargos de declaração.

Apelou a impetrante, reiterando os termos da inicial.

Antes de recebida a apelação, a apelante desistiu do mandado de segurança (f. 529), em petição recebida como desistência da apelação interposta (f. 530).

Não obstante a inexistência de recurso da decisão de f. 530 e, pois, a inexistência de apelação a ser apreciada, subiram os autos a esta Corte, aqui opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da r. sentença.

Em 28.10.10, foi juntada aos autos petição da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, pela qual *"declara-se ciente da decisão de f. 530"*.

DECIDO.

Antes de receber a apelação, o Juízo determinou à apelante a prova do preparo, quando, então, a apelante requereu a desistência, que foi recebida em relação ao recurso interposto, transitando em julgado tal decisão, assim como, por consequência, a sentença proferida.

Ante o exposto, não havendo apelação a ser examinada, baixem os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00037 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018695-69.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.018695-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : RENT SERVICE SERVICOS EMPRESARIAIS LTDA
ADVOGADO : MAURICIO ARTUR GHISLAIN LEFEVRE NETO e outro

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em ação anulatória de débito fiscal, objeto dos processos administrativos nºs 10880.526610/2006-28, 10880.526609/2006-01, 10880.526608/2006-59, 10880.526607/2006-12, 10880.513861/2005-61, 10880.513860/2005-17 e 10880.558151/2006-41.

Alegou o contribuinte, em suma, que: **(1)** atua na área de prestação de serviços de locação de mão-de-obra, e apura o IRPJ pelo lucro real; **(2)** em razão de prejuízos apurados nos exercícios de 2002 a 2004, pleiteou, eletronicamente, a compensação dos créditos com outros débitos tributários; **(3)** ocorre que tais débitos foram incluídos no CADIN e inscritos em dívida ativa, sem que a SRF analisasse o pedido de compensação, o que contraria o princípio da ampla de defesa e do contraditório; e **(4)** verificada a regularidade da compensação, com a consequente extinção do débito tributário, tem direito à anulação pleiteada.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, fixada a verba honorária de três mil reais.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando que a verba honorária deve ser fixada nos moldes do artigo 20, § 4º, do CPC. Sem contra-razões, subiram os autos a esta Corte.
DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da aplicabilidade do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, para a fixação da verba honorária, em casos como o presente, em que inexistente condenação, de modo a autorizar apreciação equitativa, atendidos os requisitos de grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

Firme, a propósito, a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual.

Entre tantos, podem ser citados os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

- AGA nº 1.032.450, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 14/08/2008: "PROCESSO CIVIL - REVISÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MATÉRIA DE FATO (SÚMULA 7/STJ). 1. A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado. 2. No juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas 'a', 'b' e 'c', do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo. 3. A revisão do quantum fixado a título de verba honorária, no caso dos autos, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido."

- RESP nº 651.282, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 02/04/2007: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 20% SOBRE O VALOR DA CAUSA. VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. A verba honorária, fixada 'consoante apreciação equitativa do juiz' (art. 20, § 4º/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido."

Na espécie, o valor da causa, em maio de 2007, alcançava a soma de **R\$ 98.903,20** (f. 29), tendo sido fixada a verba honorária em **R\$ 3.000,00** (f. 1005), revelando-se mais condizente o arbitramento da condenação, a tal título, em 10% sobre o valor atualizado da causa, o que importa em majoração em face do que fixado pela r sentença, sem anular o próprio sentido da sucumbência.

Portanto, deve a parte autora arcar com as custas, despesas processuais e verba honorária, fixada, nas circunstâncias do caso concreto, em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação para majorar a verba honorária para **10%** (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00038 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003687-97.2008.4.03.6106/SP

2008.61.06.003687-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA APARECIDA SOUSA GAY MAROTTA e outro
APELADO : MUNICIPIO DE SAO JOSE DO RIO PRETO
ADVOGADO : FREDERICO DUARTE e outro
No. ORIG. : 00036879720084036106 4 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular o auto de infração nº 11226, lavrado sob o fundamento de que a impetrante infringiu o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.428/05, alterada pela Lei nº 9.656/06, ou seja, não instalou o dispensador de senhas para controle do tempo de atendimento.

Alegou a impetrante, em suma, que: (1) a impetrada não tem competência para legislar sobre matéria privativa da União, do Conselho Monetário Nacional, e do Banco Central do Brasil; e (2) houve infringência aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, e da isonomia.

A r. sentença denegou a ordem.

Apelou a impetrante, reiterando os termos da inicial.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do CPC.

Na espécie, encontra-se consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firme no sentido de que compete aos Municípios legislar sobre tempo de espera de atendimento ao público nas agências bancárias, bem como a adoção de medidas que viabilizem a norma, valendo destacar os seguintes precedentes análogos:

- AI-AgR nº 427.373, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJU de 09.02.07, p. 23: "CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AGÊNCIAS BANCÁRIAS. TEMPO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO. LEI MUNICIPAL. INTERESSE LOCAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O Município tem competência para legislar sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias."

- RE nº 432.789, Rel. Min. EROS GRAU, DJU de 07.10.05, p. 27: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ATENDIMENTO AO PÚBLICO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEI MUNICIPAL. NORMA DE INTERESSE LOCAL. LEGITIMIDADE. Lei Municipal n. 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do Município. Recurso extraordinário conhecido e provido."

- AI - AgR nº 506.487, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 17.12.04, p. 63: "CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. CF, art. 30, I, I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - O município, ao legislar sobre a instalação de cadeiras de espera em agências bancárias, por se tratar de matéria de interesse local, o fez dentro da competência que lhe é atribuída pelo art. 30, I, da Constituição Federal. Precedentes. III. - Agravo não provido."

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação. Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00039 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019696-21.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.019696-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : JORGE RODRIGUES CRUZ e outro
: CASSIO ROBERTO SIQUEIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : JORGE RODRIGUES CRUZ e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00196962120094036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença, que denegou a ordem (artigo 285-A, CPC), em mandado de segurança impetrado com o objetivo de garantir aos impetrantes o direito ao atendimento nos postos fiscais do INSS, sem as restrições impostas aos advogados, quando do protocolo de "requerimentos de benefícios previdenciários, vista e cópia dos autos, etc", consubstanciadas na limitação à quantidade de requerimentos por atendimento e no prévio agendamento.

Apelaram os impetrantes, requerendo a reforma da r. sentença, reiterando os termos da inicial.

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela reforma da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência tem reconhecido que não é legítima a fixação de restrições, pelo INSS, ao atendimento específico de advogados em seus postos fiscais, com a limitação de número de requerimentos, negativa à vista dos autos fora da repartição, e ainda a exigência de prévio agendamento, circunstâncias que violam o livre exercício profissional e às prerrogativas próprias da advocacia.

A propósito, os seguintes precedentes:

- REsp nº 833.583, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 28.06.10: "**DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO DO ADVOGADO AOS AUTOS FORA DA REPARTIÇÃO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. LEI N. 8.906/94. 1. Segundo disposto no art. 7º, XV, da Lei n. 8.906/94, é direito do advogado retirar os autos judiciais ou administrativos das repartições competentes pelos prazos legais. Precedentes: REsp 167.538/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, DJ de 14/09/1998 p. 16; RMS 11085 / RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ de 02/04/2001 p. 312. 2. Recurso especial não provido.**"

- RMS nº 11.085, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ de 02.04.01, p. 312: "**PROCESSUAL CIVIL. ADVOGADO. DIREITO DE RETIRAR AUTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 8.906/94. 1. O direito de vista dos autos fora do Cartório pelo advogado devidamente constituído, encontra-se devidamente fundamentado na Lei nº 8.906/94, independentemente de processo judicial ou administrativo. 2. Recurso provido.**"

- MS nº 6356, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 17.12.99: "**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. VISTAS DOS AUTOS E CÓPIAS DE PEÇAS PROCESSUAIS. PODER LEGÍTIMO DO ADVOGADO. LEI Nº 8.906/94. 1. Mandado de segurança impetrado no intuito de determinar que a autoridade coatora conceda vistas imediatamente dos autos de Processo Administrativo Disciplinar instituído pela Portaria Ministerial nº 612/98 às advogadas legalmente constituídas pelo Impetrante, bem como o fornecimento de cópia do Relatório Final e demais peças dos aludidos autos. 2. A Lei nº 8.906/94 dispõe que: "Art. 7º - São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; (...); XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; (...); XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais". 3. Comprovado o desrespeito do direito garantido ao advogado da parte pela Lei nº 8.906/94, impõe-se o deferimento de mandado de segurança, assegurando-lhe o poder legítimo de tomar conhecimento dos atos processuais já praticados no Processo Administrativo em questão e obter cópias das peças que entender. 4. Segurança concedida."**

- REsp nº 5.547, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 05.06.95: "**PROCESSUAL - ADVOGADO - DIREITO DE RETIRAR AUTOS (L. 8.906/94, ART. 7º, XV) - O direito de retirar os autos, para aviamento de recurso, é assegurado ao advogado, tanto nos processos administrativos, quanto nos judiciais.**"

- RMS nº 1275, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJU de 23.03.92, p. 3429: "**ADMINISTRATIVO - ADVOGADO - DIREITO DE ACESSO A REPARTIÇÕES PÚBLICAS - (LEI 4215 - ART. 89, VI, C). A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo Estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco, é auxiliar do Juiz. Sua atividade, como 'particular em colaboração com o Estado' é livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados e agentes do Ministério Público. O direito de ingresso e atendimento em repartições públicas (art. 89, VI, 'c' da Lei n. 4215/63) pode ser exercido em qualquer horário, desde que esteja presente qualquer servidor da repartição. A circunstância de se encontrar no recinto da repartição no horário de expediente ou fora dele - basta para impor ao serventuário a obrigação de atender ao advogado. A recusa de atendimento constituirá ato ilícito. Não pode o Juiz vedar ou dificultar o atendimento de advogado, em horário reservado a expediente interno. Recurso provido. Segurança concedida."**

- AC nº 2008.61.00.020535-7, Relatora Des. Fed. REGINA COSTA, D.E. de 09.06.09: "**ADMINISTRATIVO. INSS. ADVOGADO. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. EXIGÊNCIA DE AGENDAMENTO DE ATENDIMENTO COM HORA MARCADA. IMPOSSIBILIDADE. I - Exigência de prévio agendamento para protocolo dos pedidos de benefícios previdenciários, bem como limitação a um único requerimento de cada vez que configuram restrição ao pleno exercício da advocacia. II - Afronta aos arts. 5º, inciso XIII e 133, da Constituição Federal, bem como ao art. 7º, inciso VI, 'c', da Lei n. 8.906/94. III - Apelação provida."**

- REOMS nº 2002.60.04.000314-7, Relator Des. Fed. LAZARANO NETO, DJF3 de 17.11.08: "**MANDADO DE SEGURANÇA - VISTA DE AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FORA DA REPARTIÇÃO - PRERROGATIVA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO - ART. 7º, LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA). 1 - Prevalência do direito do advogado de retirar os autos de processo administrativo da repartição competente, justificando-se a exceção quando ocorrerem circunstâncias relevantes que justifiquem a permanência dos autos em secretaria, devendo ser reconhecida essa circunstância em despacho motivado da autoridade administrativa (artigo 7º da Lei nº 8.906/94). 2 - Não há nos autos qualquer notícia de situação peculiar a justificar a aplicação da exceção acima prevista. 3- Precedentes jurisprudenciais: STJ, RESP 167.538/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, data do julgamento: 06/08/1998, publ. DJ 14.09.1998 p.00016; TRF3, AMS 2004.03.99.014787-6, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, Sexta Turma, DJU 31/03/08, pág. 415. 4- Remessa oficial a que se nega provimento."**

- **REOMS n° 2002.82.00.008507-3, Relator Des. Fed. CESAR CARVALHO (Substituto), DJ de 15.04.08, p. 587:** **"REMESSA OBRIGATÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DO ADVOGADO DE INGRESSAR NO INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DOS CLIENTES NA REPARTIÇÃO PÚBLICA. RECUSA DE ATENDIMENTO. IMPOSIÇÃO DE AGENDAMENTO.** - Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por advogado, postulante em nome próprio, com o fito de assegurar o seu direito de ingresso no INSS - Instituto Nacional do Seguro Social para acompanhar os processos administrativos dos clientes, sem necessidade de prévia autorização da repartição pública. - Atesta-se devida sua habilitação para representar os clientes beneficiários do INSS. - A Constituição Federal, em seu artigo 133, recebe a advocacia como função indispensável à administração da justiça. Essa determinação dá-se pela repercussão da sua atividade, a qual é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Importa, outrossim, no instrumento de acesso do cidadão à justiça. - Manifestam-se direitos do advogado o exercício, com liberdade, da profissão e o ingresso, sem obstáculos, em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao desempenho da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado, consoante redação do artigo 7º, I e VI, c, da Lei n.º 8.906/1997 - Estatuto da OAB. - É, igualmente, direito do advogado ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais, segundo o artigo 7º, XV, da Lei n.º 8.906/1997. - Observa-se que a Portaria n.º 6.480/2000 do MPAS prescreve restrição de direitos, contrária à lei, ao instituir condições ao exercício do advogado perante a agência do INSS. - É indevida, destarte, a vedação de acesso ao advogado imposta pela autoridade impetrada, por ofensa às prerrogativas naturais do causídico, implicando em óbice ao livre exercício da profissão, sendo injustificada quaisquer limitações em data e horário. - Precedentes: TRF 5ª Região, Remessa Obrigatória em Mandado de Segurança n.º 86555/PB, Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, Terceira Turma, unânime, julgada em 14.10.2004, DJ de 13.12.2004; TRF 5ª Região, Remessa Obrigatória em Mandado de Segurança n.º 67052/SE, Relator Desembargador Federal (convocado) Edílson Nobre, Segunda Turma, unânime, julgada em 15.05.2001, DJ de 05.08.2001. - Manutenção dos ônus sucumbenciais ao INSS. - Não cabimento, no caso em tela, de condenação ao pagamento de honorários advocatícios (Súmula 105 do STJ). Remessa obrigatória desprovida."

- **REO n° 1999.04.01.011515-4, Relator Des. Fed. PAULO AFONSO BRUM VAZ, DJU de 20.09.00, p. 237:** **"ADMINISTRATIVO. ADVOGADO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ATENDIMENTO NO BALCÃO DA PREVIDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** Ofende ao princípio da isonomia o ato administrativo que impõe ao advogado, inviabilizando seu exercício profissional, a necessidade de enfrentar uma fila para cada procedimento administrativo que pretende examinar na repartição do INSS."

- **REOMS n.º 86555, Relator Des. Fed. RIDALVO COSTA, DJ de 13.12.04:** **"MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOCACIA. RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO. RECUSA DE VISTA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FORA DA REPARTIÇÃO.** - É direito assegurado ao advogado, "ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais". Expressa dicção do art. 7º, inciso XIII, da Lei 8.906/94. - Remessa Oficial improvida."

- **REO n° 95.04.01441-0, Relatora Des. Fed. MARGA INGE BARTH TESSLER, DJ de 05.11.97, p. 93781:** **"PROCESSUAL CIVIL. FUNCIONAMENTO DO POSTO DE BENEFÍCIO DA PREVIDÊNCIA. LIMITAÇÃO DE DIAS E DE HORÁRIOS. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. DESRESPEITO.** 1. Não merece reparos a r. sentença que concedeu a ordem para que o impetrante, advogado, seja atendido no Posto de Benefícios do INSS de Taquari sem limitação de dias e horários, pois isso viola direito líquido e certo ao livre exercício profissional. Ademais, torna ainda mais morosa e desacreditada essa instituição pública. 2. Mantida a sentença também no que tange ao respeito à ordem de chegada das pessoas na referida repartição, para que o atendimento seja organizado. 3. Remessa oficial improvida."

Assim decidiu, igualmente, a Turma, em precedente de que fui relator:

- **AMS n° 2002.61.00.007297-5, DJU de 17.01.07:** **"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REFORMA. EXAME DO MÉRITO. ARTIGO 515, § 3º, CPC EXIGÊNCIA DO INSS DE PROTOCOLO DE PETIÇÕES E PRÉVIO AGENDAMENTO. ILEGALIDADE.** 1. Caso em que, embora formalmente extinto o processo sem exame do mérito, a r. sentença apreciou o fundo da controvérsia, com denegação da ordem, de modo a devolver a discussão ao Tribunal. 2. Não tem amparo legal a exigência da autoridade impetrada de que advogado, na condição de procurador de segurados, protocole na repartição apenas um pedido de benefício por atendimento, ou que sujeito à regra de prévio agendamento de hora. 3. Provimento da apelação."

Como se observa, a restrição, instituída por ato normativo do INSS, viola direito líquido e certo, em prejuízo à liberdade de exercício profissional, direito de petição e princípio da legalidade. A busca de isonomia mediante restrição de direitos é atentatória ao princípio da eficiência, pois, como inerente à jurisprudência consolidada, ao Poder Público incumbe ampliar e não limitar o acesso do administrado aos serviços que presta.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação, para conceder a ordem.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00040 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026711-75.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.026711-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : FOCUS PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MARCEL EDUARDO CUNICO BACH e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00267117520084036100 1 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em ação proposta com o objetivo de afastar a exigibilidade da COFINS e do PIS sobre as receitas auferidas pela autora em operações com imóveis próprios, para efeito de repetição, alegando, em suma, que tal incidência padece de ilegalidade.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelou a parte autora, pela reforma da r. sentença, reproduzindo os termos da inicial.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da exigibilidade da COFINS e do PIS, sob o prisma tanto constitucional como legal, sobre receitas auferidas em operações com imóveis, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

- RE-AgR nº 371.258, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU de 27.10.06, p. 59: "RECURSO. Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais".

- RESP nº 972.501, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 11.04.08, p. 1: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COFINS SOBRE VENDA DE IMÓVEIS: INCIDÊNCIA - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - EXAME PREJUDICADO. 1. Julga-se prejudicado o exame da alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez configurado o prequestionamento da matéria, com o explícito pronunciamento do Tribunal a quo a respeito. 2. O fato gerador da COFINS é o faturamento mensal da empresa, assim considerada a receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços (LC n. 70/91). 3. A empresa que comercializa imóveis é equiparada à empresa comercial e como tal tem faturamento com base nos imóveis vendidos, como resultado econômico da atividade empresarial exercida. 4. A noção de mercadoria do Código Comercial não é um instituto, e sim um conceito que não pode servir de fundamento para a não-incidência de um segmento empresarial que exerce o comércio. 5. É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à incidência da COFINS sobre a venda de imóveis. 6. Recurso especial não provido."

- EREESP nº 727.245, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 06.08.07, p. 452: "PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. LC 70/91. RECEITAS PROVENIENTES DE LOCAÇÃO DE LOJAS COMERCIAIS EM SHOPPING CENTER. INCIDÊNCIA. 1. É pacífico na 1ª Seção o entendimento segundo o qual as receitas das pessoas jurídicas provenientes da locação de bens imóveis integram a base de cálculo das contribuições PIS/COFINS (LC 70/91, art. 2º). 2. Tal entendimento se aplica também às receitas provenientes da locação de lojas em shopping center, mesmo nos casos em que o valor do aluguel seja fixado em percentual sobre o faturamento do lojista locatário. (...)"

- EREESP nº 152.369, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJU de 08.04.02, p. 121: "TRIBUTÁRIO. COFINS. VENDA DE IMÓVEIS POR EMPRESAS CONSTRUTORAS. LC Nº 70/91, ART. 2º. INCIDÊNCIA. 1. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que as atividades de comércio e indústria da construção civil, engenharia civil e incorporação estão sujeitas à COFINS porque caracterizam compra e venda de mercadorias. 2. Embargos rejeitados."

- AMS nº 2005.61.00.011561-6, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 23.05.07, p. 722: "DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO

DECORRENTE DE OPERAÇÕES COM IMÓVEIS. ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LOCAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. LEI Nº 9.718/98. BASE DE CÁLCULO DECLARADA INCONSTITUCIONAL. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. 1. O princípio da solidariedade social, que orienta o regime das contribuições sociais, fixa como exigência objetiva da incidência fiscal o auferir 'faturamento' ou 'receita', no sentido de renda, independentemente da natureza da atividade econômica, não tendo o artigo 195 da Carta Federal utilizado qualquer elemento de distinção no tocante às operações realizadas para efeito de tipificação da receita tributável. As regras de interpretação do Código Tributário Nacional não podem ser invocadas para romper com a supremacia do texto constitucional, especialmente quando o seu conteúdo significativo, mais do que extraído da disposição literal da norma enfocada, decorre dos próprios princípios que a instituíram, vinculando, portanto, a sua própria interpretação, sujeita a critérios substancialmente distintos daqueles fixados pelo legislador infraconstitucional. 2. Configura orientação pacífica a de que é devida a COFINS sobre o faturamento decorrente de operações com imóveis, nos termos do artigo 2º da LC nº 70/91. (...)"

Ausente o indébito, em virtude da exigibilidade do crédito na forma da legislação impugnada, resta prejudicado o exame da prescrição e do pedido de repetição tributária.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00041 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0003909-91.2005.4.03.6002/MS
2005.60.02.003909-5/MS

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
PARTE AUTORA : CENTRAL VITÓRIA DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : ALDIVINO A DE SOUZA NETO e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE DOURADOS >2ºSSJ>MS

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de remessa oficial, em mandado de segurança impetrado para "*que sejam convalidados os pagamentos firmados pela impetrante, bem como consolidados os débitos, reconhecendo-se ainda que houve correta apresentação da declaração PAES, conforme documentos anexos, em conformidade com as exigências legais, além de que houve desistência tácita das impugnações aos autos de infração lavrados, em virtude de ser a adesão ao PAES confissão irretratável e irrevogável de débito, convalidando os pagamentos efetuados*".

Alegou a impetrante, em suma, que: **(1)** em julho/2003 aderiu ao parcelamento instituído pela Lei nº 10.684/03, sendo que no mesmo mês passou a recolher os valores confessados; **(2)** tal situação perdurou até abril/2005, quando foi surpreendida com o indeferimento da emissão do DARF, ao fundamento da ausência de desistência expressa das impugnações apresentadas aos autos de infração nºs 13161.000823/2002-12, 13161.000824/2002-59, 13161.000825/2002-01, e 13161.000826/2002-48; **(3)** a decisão administrativa não deve prevalecer, na medida em que o parcelamento está sendo rigorosamente cumprido, com o atendimento de todos os requisitos legais, razão pela qual a ausência de desistência expressa não é suficiente para embasar a exclusão combatida; **(4)** se o próprio pedido de parcelamento implica na confissão irrevogável e irretratável dos débitos, certamente que também implica na desistência dos mesmos; **(5)** a inércia do fisco por quase dois anos implica em aceitação tácita do parcelamento; e **(6)** desse modo, tem direito à continuidade no programa, e respectiva convalidação dos pagamentos.

A r. sentença concedeu a ordem.

Sem recurso voluntário, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de que a exclusão da contribuinte do programa de parcelamento (PAES), em virtude da extemporaneidade do cumprimento do requisito formal da desistência de impugnação administrativa, afigura-se ilegítima na hipótese em que tácito o deferimento da adesão, e adimplidas as prestações mensais sem qualquer oposição do fisco, sendo a matéria, inclusive, submetida ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consoante demonstra o seguinte precedente:

- RESP nº 1143116, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 09.04.10: "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE PARCELAMENTO FISCAL (PAES) PROTOCOLIZADO ANTES DA

PROPOSITURA DO EXECUTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA À ÉPOCA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PERFECTIBILIZADA APÓS O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. EXTINÇÃO DO FEITO. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. 1. O parcelamento fiscal, concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, à luz do disposto no artigo 151, VI, do CTN. 2. Conseqüentemente, a produção de efeitos suspensivos da exigibilidade do crédito tributário, advindos do parcelamento, condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pedido formulado pelo contribuinte junto ao Fisco (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 911.360/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe 04.03.2009; REsp 608.149/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004; (REsp 430.585/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 03.08.2004, DJ 20.09.2004; e REsp 427.358/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.08.2002, DJ 16.09.2002). 3. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003 (em que convertida a Medida Provisória 107, de 10 de fevereiro de 2003), autorizou o parcelamento (conhecido por PAES), em até 180 (cento e oitenta) prestações mensais e sucessivas, dos débitos (constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ainda que em fase de execução fiscal) que os contribuintes tivessem junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com vencimento até 28.02.2003 (artigo 1º). 4. A Lei 10.522/2002 (lei reguladora do parcelamento instituído pela Lei 10.684/2003), em sua redação primitiva (vigente até o advento da Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009), estabelecia que: 'Art. 11. Ao formular o pedido de parcelamento, o devedor deverá comprovar o recolhimento de valor correspondente à primeira parcela, conforme o montante do débito e o prazo solicitado. (...) § 4º Considerar-se-á automaticamente deferido o parcelamento, em caso de não manifestação da autoridade fazendária no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da protocolização do pedido. (...)'. 5. Destarte, o § 4º, da aludida norma (aplicável à espécie por força do princípio tempus regit actum), erigiu hipótese de deferimento tácito do pedido de adesão ao parcelamento formulado pelo contribuinte, uma vez decorrido o prazo de 90 (noventa) dias (contados da protocolização do pedido) sem manifestação da autoridade fazendária, desde que efetuado o recolhimento das parcelas estabelecidas. 6. In casu, restou assente na origem que: '... a devedora formalizou sua opção pelo PAES em 31 de julho de 2003 (fl. 59). A partir deste momento, o crédito ora em execução não mais lhe era exigível, salvo se indeferido o benefício. Quanto ao ponto, verifico que o crédito em foco foi realmente inserido no PAES, nada havendo de concreto nos autos a demonstrar que a demora na concessão do benefício deu-se por culpa da parte executada. Presente, portanto, causa para a suspensão da exigibilidade do crédito. Agora, ajuizada a presente execução fiscal em setembro de 2003, quando já inexequível a dívida em foco, caracterizou-se a falta de interesse de agir da parte exequente. Destarte, a extinção deste feito é medida que se impõe.' 7. À época do ajuizamento da demanda executiva (23.09.2003), inexistia homologação expressa ou tácita do pedido de parcelamento protocolizado em 31.07.2003, razão pela qual merece reparo a decisão que extinguiu o feito com base nos artigos 267, VI (ausência de condição da ação), e 618, I (nulidade da execução ante a inexigibilidade da obrigação consubstanciada na CDA), do CPC. 8. É que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perfectibilizada após a propositura da ação, ostenta o condão somente de obstar o curso do feito executivo e não de extingui-lo. 9. Outrossim, não há que se confundir a hipótese prevista no artigo 174, IV, do CTN (causa interruptiva do prazo prescricional) com as modalidades suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, do CTN). 10. Recurso especial provido, determinando-se a suspensão (e não a extinção) da demanda executiva fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

Na espécie, em que pese a impetrante não ter formalizado a desistência expressa das impugnações administrativas aos autos de infração que haviam sido lavrados, o certo é que o exame dos documentos que instruem o "writ" demonstra que sua adesão ao parcelamento fiscal (PAES) ocorreu em **11/07/2003** (f. 51/2). Nos meses seguintes a impetrante adimpliu regularmente o parcelamento. A oposição do fisco ocorreu apenas em **28/06/2005** (f. 67), situação que implica em aceitação tácita do parcelamento, consoante os fundamentos supracitados.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00042 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008418-57.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.008418-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : JOAO AUGUSTO DONADIO

ADVOGADO : ANSELMA FERNANDES GIACOMELLI e outro

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, contra sentença de procedência dos embargos, que fixou a execução em **R\$ 11.200,06** (válido para março/08, contadoria judicial - f. 79), fixados honorários advocatícios em R\$ 500,00.

Apelou a Fazenda Nacional, pela parcial reforma da r. sentença para a majoração da verba honorária e a sua fixação sobre o valor da causa atribuído nos embargos, no percentual mínimo de 10%.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da aplicabilidade do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, para a fixação da verba honorária, em casos como o presente, de modo a autorizar apreciação equitativa, atendidos os requisitos de grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

Firme, a propósito, a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual.

Entre tantos, podem ser citados os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

- AGA nº 1.032.450, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 14/08/2008: "PROCESSO CIVIL - REVISÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MATÉRIA DE FATO (SÚMULA 7/STJ). 1. A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado. 2. No juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo. 3. A revisão do quantum fixado a título de verba honorária, no caso dos autos, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido."

- RESP nº 651.282, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 02/04/2007: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 20% SOBRE O VALOR DA CAUSA. VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. A verba honorária, fixada "consoante apreciação equitativa do juiz" (art. 20, § 4º/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido."

Na espécie, o valor da causa, em março de 2008, alcançava a soma de R\$ 12.493,84 (f. 23), que correspondia ao excesso de execução, tendo sido fixada a verba honorária, pela sentença, em R\$ 500,00 (f. 85/6), o que se revela, nas circunstâncias do caso concreto, à luz da equidade e demais requisitos especificados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, como pouco. A considerar que o apelado tem direito à execução no montante de R\$ 11.200,06, em março/08, a majoração da verba honorária para 10% sobre o valor atualizado da causa, conforme entendimento consagrado, representa, no caso em exame, como adequado e equitativo, suficiente para remunerar, razoavelmente o vencedor, em face da peculiaridade concreta, sem onerar excessivamente o vencido.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação fazendária, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00043 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016388-95.2004.4.03.6182/SP

2004.61.82.016388-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : JOAO JORGE SAAD espolio

REPRESENTANTE : RICARDO DE BARROS SAAD

No. ORIG. : 00163889520044036182 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação em embargos à execução de verba honorária, fixada em execução fiscal, contra sentença de improcedência, fixando-a em **R\$ 840,09** (julho/08: OTN; BTN; INPC; UFIR e IPCA-E, contadoria judicial, f. 52), condenada a embargante em honorários advocatícios de R\$ 1.000,00.

Apelou a embargante, pela parcial reforma da sentença para a redução da verba honorária, nos termos do artigo 20, parágrafos 3º e 4º do CPC, tendo em vista que a condenação em R\$ 1.000,00 é mais 100% superior ao valor dado à causa, e deve ser considerado que: o processo durou tão somente um ano, houve concordância da Fazenda Nacional, a matéria se revela simples, e a fixação em 110% da causa ultrapassa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Com contra-razões, alegando litigância de má-fé da embargante, subiram os autos.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da aplicabilidade do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, para a fixação da verba honorária, em casos como o presente, de modo a autorizar apreciação equitativa, atendidos os requisitos de grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço.

Firme, a propósito, a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual.

Entre tantos, podem ser citados os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

- AGA nº 1.032.450, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 14/08/2008: "PROCESSO CIVIL - REVISÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MATÉRIA DE FATO (SÚMULA 7/STJ). 1. A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado. 2. No juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo. 3. A revisão do quantum fixado a título de verba honorária, no caso dos autos, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido."

- RESP nº 651.282, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 02/04/2007: "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 20% SOBRE O VALOR DA CAUSA. VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. A verba honorária, fixada "consoante apreciação equitativa do juiz" (art. 20, § 4º/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido."

Na espécie, o valor da causa, em maio de 2004, alcançava a soma de R\$ 497,77 (f. 05), tendo sido fixada a verba honorária de R\$ 1.000,00 que equivale a mais de 100% do respectivo valor, conforme alegado na apelação, o que se revela, nas circunstâncias do caso concreto, à luz da equidade e demais requisitos especificados no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, como excessivo, devendo ser reduzido para duzentos reais, atualizados até a data do efetivo pagamento.

No tocante à sanção processual do artigo 18 do Código de Processo Civil, colidente a pretensão com a firme jurisprudência, consagrada no sentido de que a improcedência do pedido de reforma não torna, necessariamente, de má-fé a interposição do recurso, pois não se confunde o exercício denodado do direito de recorrer em litigância passível de inserção em qualquer dos incisos do artigo 17 do Código de Processo Civil.

A propósito, os seguintes precedentes:

- RESP 269.409, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJU 27.11.2000: "Processual Civil. Litigância por má-fé. Condenação. Fazenda Pública Estadual. Interposição de recurso cabível. Conduta maliciosa. Inexistência. - O artigo 17, do Código de Processo Civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade. - É descabida a aplicação da pena por litigância de má-fé na hipótese em que a legislação processual assegura à Fazenda Pública a faculdade de manifestar recurso de embargos, em defesa do patrimônio público do Estado, cuja interposição, por si só, não consubstancia conduta desleal e atentatória ao normal andamento do processo. - Recurso especial conhecido e provido."

- AC 2004.61.05005269-5, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 07/10/2008: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. DÉBITO JUDICIAL. EXCESSO DE

EXECUÇÃO. ÍNDICES INFLACIONÁRIOS EXPURGADOS. INCIDÊNCIA. IPCA-E. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. 1. *Julgados improcedentes, integral ou parcialmente, os embargos opostos pela Fazenda Nacional, cumpre sujeitar a sentença à remessa oficial. Precedentes da Turma.* 2. *Os débitos judiciais devem sofrer efetiva atualização monetária, em conformidade com os índices consagrados na jurisprudência, observadas as limitações da coisa julgada e da vedação à reformatio in pejus.* 3. *A aplicação do IPCA-E, no caso concreto, não viola a coisa julgada, uma vez que tal índice é superveniente, tendo sido inclusive computado na própria conta da embargante que, assim, deve ser confirmada.* 4. *Os honorários advocatícios, referentes ao processo de conhecimento, devem ser calculados conforme a condenação transitada em julgado.* 5. *A interposição de recurso, como ocorrida no caso concreto, não importa, per si, em litigância de má-fé, para efeito de imposição de multa e indenização, devendo o abuso das formas processuais ser caracterizado a partir de outros elementos congruentes, ausentes na espécie dos autos.* 6. *Precedentes."*

- AC 2002.61.10005924-5, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 16/08/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SEM COISA JULGADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. *A atualização monetária de débitos resultantes de decisões judiciais tem por objetivo a manutenção do valor real da moeda, em face do processo inflacionário.* 2. *A decisão transitada em julgado, na ação de repetição de indébito, não fixou os critérios de correção monetária a serem adotados. A determinação dos mesmos pode ser feita, então, no momento da execução, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.* 3. *Mantida a r. sentença, que acolheu o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial, que utilizou os critérios de correção monetária previstos no Provimento n.º 24/97, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3.ª Região.* 4. *A interposição de recurso previsto em lei, sem intuito protelatório, não se enquadra nas hipóteses do art. 17, do CPC, não ensejando, assim, a condenação em litigância de má-fé.* 5. *Tendo em vista que os embargados decaíram de parte mínima do pedido, uma vez que alcançaram o montante de R\$ 23.254,83 (vinte e três mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e três centavos), em maio/2000, a União Federal deve arcar com os honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, correspondente à diferença entre o valor obtido pelos embargados, nos autos principais e o valor apresentado pela embargante, com fulcro no art. 20 e § 3.º, do Estatuto Processual.* 6. *Recurso adesivo parcialmente provido. Apelação improvida."*

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, rejeito o pedido de litigância de má-fé, e dou provimento à apelação para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00044 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041110-81.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.041110-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : BLANCHES MECANICA DE PRECISAO LTDA
ADVOGADO : ANA PAULA BALHES CAODAGLIO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 08.00.00340-4 1 Vr RIBEIRAO PIRES/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, com a condenação em verba honorária de 10% sobre o valor atualizado do débito exequiêdo. Apelou o embargante, alegando, em suma: (1) inexigibilidade do crédito tributário, por não ter sido regularmente constituído, mediante lançamento administrativo; (2) ocorrência de denúncia espontânea (artigo 138, CTN); e (3) ilegalidade na incidência da taxa SELIC, sendo devida a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.175/98.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da improcedência das alegações deduzidas pela embargante, conforme demonstrado nos tópicos de análise em seqüência.

(1) A regularidade da constituição do crédito tributário

A execução versa sobre tributo, cuja constituição ocorreu a partir de declaração do contribuinte, em lançamento sujeito à homologação da autoridade fiscal que, estando correto, não exige a instauração de procedimento administrativo, podendo o Fisco, em caso de inadimplência, promover diretamente a execução do crédito tributário.

Diversamente, se a declaração do contribuinte, por seu conteúdo, não autoriza a homologação, seja expressa ou tácita, compete à autoridade fiscal promover o lançamento de ofício, corrigindo o ato praticado pelo sujeito passivo para efeito de constituição do crédito tributário no montante efetivamente devido, sendo exigida, neste caso, a instauração de procedimento administrativo.

Na espécie, consta dos autos que o crédito foi constituído por lançamento do contribuinte, através de DCTF e que, não obstante, deixou de ser recolhido o valor declarado como devido, assim revelando que foi observado o devido processo legal, tanto no tocante à constituição, como agora na sua execução.

Neste sentido, entre tantos outros, o seguinte precedente:

- RESP 820.626, Rel. Ministro MAURO CAMPBEL, DJE 16.09.2008: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. (...)."

Assim sendo, não cabe cogitar de nulidade da execução, por irregularidade na constituição do crédito tributário, eis que declarado pelo próprio contribuinte que, estando inadimplente com a respectiva obrigação de pagamento, fica automaticamente sujeito à cobrança executiva, a partir dos próprios valores lançados.

Quanto à notificação pretendida, por evidente, igualmente resta dispensada, pois que não houve cobrança executiva com alteração do que declarado pelo próprio contribuinte e, portanto, desde quando verificada a inadimplência, possível era, sem mais formalidades, a propositura da execução fiscal.

Em suma, a execução, tal como no caso concreto proposta, não prescindiu da prévia e regular constituição do crédito tributário, estando, pelos fundamentos deduzidos, ausente a nulidade invocada.

(2) A falta de caracterização da hipótese de denúncia espontânea (artigo 138, CTN)

A propósito, não cabe cogitar da exclusão da multa moratória, com base no artigo 138 do Código Tributário Nacional, vez que a denúncia espontânea é benefício fiscal que se outorga ao contribuinte que promove o "pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração", mas, de qualquer modo, sempre antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização.

Com efeito, a simples apresentação da DCTF não constitui, evidentemente, denúncia espontânea, mesmo porque o essencial é que haja pagamento do tributo devido e dos juros de mora, antes de qualquer procedimento fiscal, não constando que seja esta a situação concretizada na espécie.

Assim tem decidido, reiteradamente, a jurisprudência, conforme revela a Súmula 360/STJ: "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo."

(3) SELIC como juros de mora

A propósito, encontra-se consolidada a jurisprudência, primeiramente no sentido de que o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, na redação anteriormente vigente, não constituía norma de eficácia plena, para efeito de impedir, independentemente de lei complementar, a cobrança de juros acima do limite de 12%, conforme restou estatuído, primeiramente, na Súmula 648 e, posteriormente, na Súmula Vinculante 7, verbis: "A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.". Além do mais, decidiu a Suprema Corte que nenhuma outra questão constitucional pode ser extraída da discussão quanto à validade da aplicação da Taxa SELIC em débitos fiscais, sobejando apenas controvérsia no plano infraconstitucional (v.g. - RE nº 462.574, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU de 02.12.05; RE nº 293.439, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 09.05.05; RE nº 346.846, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU de 19.08.05; e AI nº 521.524, Rel. Min. CÉZAR PELUSO, DJU de 30.11.04). No plano infraconstitucional, pacífica a jurisprudência quanto à validade da Taxa SELIC no cálculo de débitos fiscais, nos termos da Lei nº 9.065/95, lei especial que, conforme permitido pelo artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, disciplinou a cobrança de juros de mora fiscais, além de 1% ao mês, e que foi objeto de extensão aos indébitos fiscais, com o advento da Lei nº 9.250/95, assim unificando o regime de juros moratórios, seja o Poder Público credor ou devedor.

A propósito, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça na interpretação definitiva do direito federal e na uniformização da jurisprudência:

- RESP nº 1.086.308, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 19/12/2008: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REQUISITOS DE VALIDADE. SÚMULA 7/STJ. TAXA SELIC. LEGALIDADE. 1. A aferição da certeza e liquidez da CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e regularidade, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 2. É legítima a utilização da taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min.

Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07). 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido."

Nesta Turma, não é outro o entendimento consagrado:

- AC nº 2006.61.82.012581-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 04/11/2008: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DTCF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO. 1. (...) 5. O limite de 12%, a título de juros (antiga redação do § 3º, do artigo 192, da CF), tem incidência prevista apenas para os contratos de crédito concedido no âmbito do sistema financeiro nacional, o que impede sua aplicação nas relações tributárias, estando, ademais, a norma limitadora a depender de regulamentação legal para produzir eficácia plena, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, permite que a lei ordinária fixe o percentual dos juros moratórios, os quais não se sujeitam à lei de usura, no que proíbe a capitalização dos juros, tendo em vista o princípio da especialidade da legislação. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da plena validade da Taxa SELIC, como encargo moratório fiscal, rejeitadas as impugnações deduzidas, pelo foco tanto constitucional como legal, inclusive a de retroatividade. 6. A defesa genérica, que não articule e comprove objetivamente a violação aos critérios legais na apuração e consolidação do crédito tributário, é inidônea à desconstituição da presunção de liquidez e certeza do título executivo: artigo 3º da Lei nº 6.830/80."

Com relação à alegação de anatocismo, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da orientação firmada no âmbito desta Turma, que "A Súmula 121/STF veda a capitalização de juros convencionais previstos no Decreto 22.626/33, estando sua aplicação restrita a esse âmbito, no qual, a toda a evidência, não se compreendem os juros em matéria tributária, regidos por legislação específica" (RESP nº 497.908, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 21/03/2005).

Finalmente, a Lei Estadual nº 10.175/98 de São Paulo prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais pagos em atraso, daí sua impertinência ao caso dos autos.

Em suma, inexistente qualquer ilegalidade, inconstitucionalidade, nulidade ou excesso na execução fiscal ajuizada, sendo, pois, manifestamente improcedentes os embargos do devedor, à luz do que firmado pela jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00045 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002861-81.2007.4.03.6114/SP
2007.61.14.002861-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : BARALT COM/ DE VEICULOS LTDA massa falida
ADVOGADO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS e outro
SINDICO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00028618120074036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença, que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, condenando a embargada em honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma: (1) a inoccorrência de prescrição, pois com a decretação da falência ocorre a suspensão da prescrição (artigo 47 do Decreto-lei nº 7.661/45) e também a sua interrupção por força da aplicação da Súmula nº 106/STJ; e (2) que a embargante aderiu ao parcelamento da dívida (Lei nº 11.941/09), daí confessou de modo irrevogável e irretroatável os valores consignados na CDA que instrui o feito.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Cumprido observar, primeiramente, que foram diversos os fundamentos dos embargos, dos quais foi acolhido apenas a prescrição, prejudicados os demais.

No exame da matéria, cabe destacar que se encontra consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1.Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Na espécie, restou demonstrada que a DCTF foi entregue em **17.05.99** (f. 13/8), tendo sido a execução proposta em **15.12.00** (f. 02, do apenso), dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TRF e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

Por outro lado, não requereu a embargante a desistência da ação, renunciando ao direito em que se funda a ação, por meio de procurador habilitado e com poderes para tanto, face à adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09, de modo a permitir o acolhimento de eventual pedido. De fato, os extratos juntados pela embargada apenas informam que se está aguardando negociação referente ao parcelamento da Lei nº 11.941/09 (f. 78/81).

É certo, pois, que a r. sentença, no que acolheu a tese da prescrição, comporta reforma, nos termos da fundamentação adotada, com o que ficam devolvidas, para o exame da Corte, as demais alegações deduzidas pela embargante, em sua inicial (artigo 515, §§ 1º e 2º, CPC).

A inicial, além do que acima enfrentado, alegou a inexigibilidade da multa moratória, dos juros de mora e do encargo do Decreto-lei nº 1.025/69, em face de massa falida.

(1) A multa fiscal

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os ângulos enfocados na presente ação, firme no sentido de que não é exigível da massa falida a cobrança, em execução fiscal, de multa moratória, nos termos da Súmula 565 do Supremo Tribunal Federal ("**A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência**").

Neste sentido, os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. NULIDADES PROCESSUAIS AFASTADAS. MULTA MORATÓRIA. EXCLUSÃO. I - Afastadas as alegações de ilegitimidade de parte, irregularidade na representação processual e ausência de embargos válido, tendo em vista que, com o advento da falência da empresa executada, o síndico passou a representar a massa falida, sendo tal circunstância considerada quando da prolação da sentença. II - Indevida a cobrança da multa fiscal moratória por constituir pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência, a teor das Súmulas 192 e 565 do STF. III - Sendo excluída do crédito a parcela relativa à multa fiscal, vencida em parte a Fazenda Nacional, cabível a fixação da sucumbência recíproca, arcando cada parte com os honorários de seus patronos. IV - Apelação improvida. V - Remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente provida." (g.n.) (AC nº 2002.03.99.007064-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 23.04.03, p. 110)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. MULTA. JUROS DE MORA. EXCLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 26 DA LEI 7661/45. ENCARGO DO DECRETO-LEI N 1025/69 DEVIDO. I - Conforme o disposto na súmula 565 do STF, a multa fiscal não se inclui no crédito habilitado em procedimento falimentar. II - Os juros moratórios não são devidos pela massa falida, salvo quando o ativo apurado permitir o pagamento do valor principal (art. 26 da Lei de Falência). III - O encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-lei 1025/69 substitui, nos embargos, a condenação em honorários advocatícios (Súmula 168 do extinto TFR). IV - Recurso voluntário e remessa oficial parcialmente providos." (g.n.) (AC nº 93.03.084119-0, Relator Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, DJU de 21-05-97, p. 35953).

"TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - MASSA FALIDA - JUROS MORATÓRIOS, MULTA E ENCARGO PREVISTO NO DECRETO-LEI 1025/69 - CORREÇÃO MONETÁRIA. I - Devidos os juros moratórios pela massa, quando o ativo apurado bastar para o pagamento do principal, consoante artigo 26 do Decreto-lei 7661/45. II - Indevida a multa moratória na esteira do entendimento jurisprudencial estratificado na Súmula 565 do STF. III - Pela caracterização como verba honorária, inaplicável à espécie tal encargo, com fulcro no artigo 23 par. único do citado Decreto-lei 7661/45. IV - A correção monetária incide integralmente, abrangendo, inclusive o período em que sua exigência esteve suspensa, se não for paga até 30 dias após o término do período de suspensão concedido pelo Decreto-lei 858, de 11.09.69. V - Remessa oficial improvida com a manutenção da r. sentença recorrida." (g.n.) (REO nº 90.03.000136-7, Rel. Des. Fed. ANA SCARTEZZINI, DOE de 17.06.91, p. 120)

No mesmo sentido, prestigiando a solução sumulada, é a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos precedentes, v.g.: AgRgAI nº 115.411/RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO; AgRgAI nº 156.678/RS, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS; e AgRgAI nº 219.151/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI.

O Supremo Tribunal Federal reiterou sua jurisprudência no julgamento do AgRgRE nº 208.374-7/RS, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA MASSA FALIDA. INCLUSÃO NO CRÉDITO HABILITADO EM FALÊNCIA DA MULTA FISCAL COM EFEITO DE PENA ADMINISTRATIVA. INVIABILIDADE DE SUA COBRANÇA. ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, III DA LEI DE FALÊNCIAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A falência tem a natureza de medida preventiva do prejuízo para impedir a dissipação dos bens do devedor, que são a garantia comum dos seus credores. É, também, processo de execução extraordinária e coletiva sobre a generalidade daqueles bens com o objetivo de circunscrever o desastre econômico do devedor e igualar os credores quirografários. 2. Inexigibilidade da multa administrativa, que se refletiria no montante da massa a ser partilhada pelos credores. 3. Agravo regimental não provido."

(2) A massa falida e os juros moratórios

No tocante aos juros moratórios, realmente são devidos, mas apenas a partir da quebra, desde que o ativo da massa falida não seja suficiente para o pagamento do principal, nos termos do artigo 26 do Decreto-lei nº 7.661/45, e da jurisprudência firmada a partir dos precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, dentre outros, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - FALÊNCIA DA EMPRESA - JUROS DE MORA - ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 128 DO CPC - OCORRÊNCIA - VIOLAÇÃO AO ART. 9º DA LEI N. 8.177/91 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA N. 211/STJ. Dispõe o caput do

artigo 26 da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) que "contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal". "O preceito legal pressupõe que o ativo não comporte o pagamento dos juros. Se o produto da venda da massa de bens, efetuada em leilão, comportar o pagamento de credores quirografários e houver saldo, passa-se então ao atendimento do pagamento dos juros, tendo em vista os que forem objeto de previsão contratual, concorrendo no mesmo plano que os juros legais" (Rubens Requião, in "Curso de Direito Falimentar", São Paulo, Saraiva, 1989, p. 141). A insigne juíza de primeiro grau, à luz desse dispositivo, concluiu que os juros de mora incidentes sobre o crédito tributário objeto de execução deveriam ser aplicados tão-somente até a data da decretação da falência. Por essa razão, determinou, por decisão monocrática, que a Fazenda Nacional apresentasse o valor atualizado e discriminado do débito fiscal, excluídos os juros de mora da data da quebra em diante. A decisão foi mantida pela Corte de origem no julgamento do agravo. Não poderia o juízo da execução, sem averiguar a situação patrimonial da falida, determinar a exclusão dos juros após a decretação da quebra. Há diversos julgados desta Corte no sentido de que os juros de mora, em regra, são devidos no período que sucede a decretação da falência, desde que o ativo seja suficiente para o pagamento do principal (cf. RESP n. 263.508/RS; Relator Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 25.11.2002; EDRESP n. 408.720/PR, Relator Min. Eliana Calmon, DJU 30.09.2002 e AGA 473.024/RS, Relator Min. Francisco Falcão, DJU 10.03.2003). Recurso especial provido." (RESP n° 380601, Relator Ministro FRANCIULLU NETTO, DJU de 04.08.2003, p. 260)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. JUROS DE MORA ANTERIORES À QUEBRA. INCIDÊNCIA. ENCARGO PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO-LEI N.º 1.025/69. TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEI N.º 9.250/95. 1. São devidos os juros moratórios anteriores à decretação da quebra, independentemente da existência de ativo suficiente para pagamento do principal. 2. É ilegítimo o pagamento do encargo previsto no art. 1º do Decreto-lei 1.025/69 pela massa falida, em face do disposto no § 2º do art. 208 da Lei de Falências, que veda a cobrança de "custas a advogados dos credores e do falido" da massa. 3. São devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Estadual e Federal. 4. Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias. 5. O julgamento proferido pelo Tribunal no Resp n° 215.881/PR, não declarou a inconstitucionalidade do § 4º, da Lei n° 9.250/95, não retratando o entendimento predominante na Corte. 6. A Corte tem aplicado a taxa SELIC com sucedâneo dos juros de mora, motivo pelo qual, na execução fiscal contra a massa falida, a incidência da referida taxa deve seguir a mesma orientação fixada para a aplicação dos juros moratórios, qual seja: a partir de 1º de janeiro de 1996 e até a decretação da quebra, e, após esta data, apenas se o ativo for suficiente para o pagamento do principal, na forma do art. 26 da Lei de Falências. 7. Recurso especial da Massa Falida parcialmente provido, para excluir a cobrança do encargo previsto no art. 1º do Decreto-lei n.º 1.025/69. 8. Recurso especial da Fazenda Nacional provido." (g.n.) (RESP n° 500147, Relator Ministro LUIZ FUX, DJU de 23.06.2003, p. 279)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. OFENSA AOS ARTS. 458, III E 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. INTERESSE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. MASSA FALIDA. MULTA FISCAL MORATÓRIA. SÚMULA 565, DO STF. APLICABILIDADE. JUROS MORATÓRIOS ANTERIORES À QUEBRA. EXIGIBILIDADE. JUROS POSTERIORES. POSSIBILIDADE DA SUA EXIGÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Improcede a alegada ofensa aos arts. 458, III e 535, II, do CPC, eis que o julgado impugnado, citando precedentes jurisprudenciais e ratificando os termos da decisão agravada, manifestou-se a respeito da matéria controvertida. 2. Falece interesse recursal à recorrente no que se refere à apreciação de possível violação do inc. V, do art. 4º, da Lei 6.830/80, porquanto a decisão agravada, inalterada em segundo grau, ressaltou expressamente que as providências deferidas diziam respeito à massa falida, não se aplicando aos co-responsáveis pela dívida fiscal. 3. Consoante entendimento jurisprudencial reiterado desta Corte, é indevida a multa moratória em execução fiscal movida contra a massa falida. Aplicabilidade da Súmula 565, do STF. 4. São devidos os juros concernentes ao período anterior à quebra, somente condicionando-se à suficiência de ativo os juros originados após o decreto falimentar, no que são reclamáveis da massa. 5. Súmula 83/STJ, incidência. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido." (g.n.) (RESP n° 443911, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 10.03.2003, p. 108)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 83/STJ. Os juros referentes ao período anterior à decretação da falência são devidos, e se o ativo apurado foi suficiente para o pagamento do principal, incidem os juros também contra a massa. Precedentes (Súmula 83/STJ). Agravo regimental improvido." (g.n.) (AGA n° 473024, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJU de 10.03.2003, p. 134)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - FALÊNCIA - MULTA MORATÓRIA - ART. 23, § ÚNICO, III DA LEI DE FALÊNCIA - SÚMULAS 192 E 565 DO STF - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - ATIVO SUFICIENTE PARA PAGAMENTO DO PRINCIPAL - PRECEDENTES. - A multa moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência. - Em conformidade com o art. 26 do D.L. 7.661/45, os juros posteriores à data da quebra serão excluídos dependendo da suficiência do ativo apurado para o pagamento do passivo. - Ajuizada a execução fiscal e formalizada a penhora anteriormente à decretação da falência, o produto da renda deve ser colocado à disposição do juízo da execução fiscal. - Recurso especial não conhecido." (g.n.) (RESP n° 263508, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 25.11.2002, p. 217)

"PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - MASSA FALIDA - COBRANÇA DE JUROS E TAXA SELIC. 1. São devidos juros de mora anteriormente à decretação da quebra, independentemente das forças do ativo. 2. Não incidem juros de mora após a falência, exceto se houver no ativo saldo bastante para pagar o principal, sem prejuízo dos demais credores da massa falida. 3. Incidência da taxa SELIC com o advento da Lei 9.250/95 até a data da quebra. 4. Omissões que se suprem. 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos." (g.n.) (EDRESP n° 408720, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJU de 30.09.2002, p. 244)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - FALÊNCIA - MULTA MORATÓRIA - INEXIGIBILIDADE - JUROS DE MORA - PERÍODO POSTERIOR À QUEBRA - INCIDÊNCIA - POSSIBILIDADE APENAS SE O ATIVO FOR SUFICIENTE PARA O PAGAMENTO DOS CREDITORES. - As multas fiscais, em sendo penas pecuniárias, não podem ser reclamadas na falência (DL 7.661/45, Art. 22, parágrafo único, III). - "Os juros referentes ao período anterior à decretação da falência são devidos e se o ativo apurado for suficiente para o pagamento do principal, incidem também os juros contra a massa." (Resp 249.031/GARCIA) - Recurso parcialmente provido." (g.n.) (RESP n° 278437, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJU de 24.06.2002, p. 198)

"EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - FALÊNCIA - MULTA - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - SÚMULA Nº 565 DO STF. A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência (Súmula nº 565 do STF). Os juros referentes ao período anterior à decretação da falência são devidos, e se o ativo apurado foi suficiente para o pagamento do principal, incidem os juros também contra a massa. Recurso improvido." (g.n.) (RESP n° 297862, Relator Ministro GARCIA VIEIRA, DJU de 11.06.2001, p. 137)

(3) A massa falida e o encargo do Decreto-lei nº 1.025/69

Quanto ao encargo do Decreto-lei nº 1.025/69, deve ser mantida a sua cobrança na execução fiscal, mesmo em face de massa falida, na medida em que destacada a situação jurídica de tal parcela se comparada com as demais enfocadas. Com efeito, não se pode aproveitar, a propósito, a lógica deduzida com relação à multa moratória, eis que, ao contrário desta que possui natureza punitiva, o encargo do Decreto-lei nº 1.025/69 representa mero ressarcimento de despesas, ou seja, a necessária contraprestação destinada ao financiamento do sistema de arrecadação da dívida ativa da União (RESP nº 197590/MG, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR).

Este sistema de arrecadação não se inicia diretamente na fase judicial, pois presume, *ex vi legis*, a regular constituição do crédito tributário, a inscrição na dívida ativa e a cobrança administrativa antes do aparelhamento da execução fiscal. Além disto, o artigo 23, inciso II, do Decreto-lei nº 7.661/45 - assim como o artigo 208, § 2º, se entendida a expressão "custas a advogados" como honorários -, orienta que somente é vedada a cobrança de despesas processuais efetuadas por credores individuais sujeitos ao próprio juízo universal das Falências, o que não ocorre com a execução fiscal, à vista do artigo 187 do Código Tributário Nacional.

Por estes e outros fundamentos mais, é que tem sido afirmada a validade da cobrança do encargo do Decreto-lei nº 1.025/69 nos executivos fiscais, mesmo em se tratando de massa falida, conforme revelam os precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE nº 95146-6, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJU de 03.05.85), do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 9988-0/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJU de 20.02.95), deste Tribunal Regional Federal (AC nº 93.03.084119-0, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, DJU de 21.05.97, e AC nº 93.03.008002-5/SP, Relator p/acórdão Des. Fed. SOUZA PIRES, DJU 03.02.98) e de outros (AC nº 1999.04.01.105389-2/PR, Rel. Juíza ELOY BERNST JUSTO, DJU de 25.10.00).

Na espécie, em contrapartida à validade do encargo do Decreto-lei nº 1.025/69, a sucumbência recíproca perfaz-se mediante o reconhecimento do direito da embargante à verba honorária de 10% sobre o valor atualizado do montante excluído da execução fiscal, nos termos do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil, e de acordo com precedentes da Turma (v.g. AC nº 2000.61.82.044504-7, DJU de 22.09.04, e AC nº 2002.61.82.016019-0, DJU de 01.09.04).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e à remessa oficial, afastando a prescrição e, prosseguindo no exame dos demais fundamentos da ação, *ex vi* do artigo 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, acolho parcialmente os embargos, fixada a sucumbência, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00046 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001040-73.2001.4.03.6107/SP

2001.61.07.001040-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : SHUSTER COM/ DE ALIMENTOS LTDA -ME

ADVOGADO : VALDIR CAMPOI e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00010407320014036107 2 Vr ARACATUBA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, sem condenação em verba honorária, mantido o encargo do Decreto-lei nº 1.025/69, nos termos da Súmula 168/TFR.

Apelou a embargante, alegando, em suma, que: **(1)** é nula a penhora da parte ideal de imóvel pertencente ao sócio (matrícula nº 29.561), pois a CDA foi lavrada apenas contra a pessoa jurídica; e **(2)** "embora a lei determine que os juros de mora de 1% ao mês, sejam aplicados ao tributo corrigido monetariamente, a Apelada, no caso vertente, ao elaborar os cálculos na Certidão da Dívida Ativa, computou sobre a importância já devidamente corrigida, ou seja, sobre o valor da execução fiscal, o que é totalmente descabido" (f. 134); **(3)** "Os cálculos apresentados pela Apelada não condizem com a realidade, uma vez que em nenhum momento a mesma demonstrou a base de cálculo referente a presente autuação e ainda utilizando-se de alíquota inconstitucional" (f. 134/5); **(4)** "os sócios não respondem pelas obrigações contraídas pela sociedade, a não ser em situações excepcionais, ou como, reza o artigo 596 do CPC, senão nos casos previstos em lei" (f. 135); e **(5)** "No caso em tela, a dívida é irregularmente inscrita e não gera presunção de certeza e liquidez, e muito menos o efeito de prova pré-constituída, pois a penhora foi levada a efeito sobre o imóvel pertencente a Aristides Benavente e Devair Demarchi Benavente, sendo que esta última não faz parte do processo, pois nunca fez parte da constituição da empresa" (f. 135).

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da improcedência das alegações deduzidas pela embargante, conforme demonstrado nos tópicos de análise em sequência.

A alegação de nulidade da penhora

Manifestamente inviável o exame de tal pretensão, pois não tem a empresa executada legitimidade ativa para defender, em nome próprio, direito do respectivo sócio, consubstanciado na alegação nulidade da penhora que recaiu em imóvel de sua propriedade.

A propósito, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça e esta Turma:

AGRESP 976.768, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 07/05/2008: "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEGALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 6.763/80. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. 1. O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 2. In casu, a legitimidade do recorrente e o interesse em recorrer são requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, cuja ausência tem o condão de gerar a inadmissão da impugnação, com conseqüente impossibilidade de reapreciação da decisão. 3. Isto posto, evidencia-se que a empresa VIAÇÃO DORICO LTDA não tem legitimidade para recorrer contra decisão que determinou a responsabilidade tributária dos seus sócios, razão pela qual é-lhe defeso pleitear, em nome próprio, direito alheio, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, porquanto não se está diante de nenhum dos casos possíveis de legitimação extraordinária. (Precedentes: REsp 539201/RS; DJ 31.08.2006; Ag 728571/RS; DJ 09.08.2006). 4. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais (Precedentes: EREsp n.º 623.822/PR, DJ de 12/09/2005; REsp n.º 616.141/PR, DJ de 05/09/2005; REsp n.º 688.044/MG, DJ de 28/02/2005; e REsp n.º 577.637/MG, DJ de 14/06/2004). 5. Aliás, raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias. 6. No que pertine à Lei Estadual 6.763/75 (Estado de Minas Gerais), na qual se tem a base para aplicação de multa de revalidação, torna-se inviável o conhecimento do recurso especial, por força do disposto na Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.", à luz da interpretação de lei local, revela-se incabível a via recursal extraordinária para rediscussão da matéria. 7. Inexiste ofensa aos arts. 463, II e ao 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão (Precedente: REsp 396.699/RS, DJ 15/04/2002). 8. Agravo regimental desprovido."

RESP 515.016, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJ 22/08/2005: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DOS SÓCIOS-GERENTES DO PÓLO PASSIVO. ILEGITIMIDADE DA EMPRESA EXECUTADA PARA O PEDIDO. CPC, ART. 6º. INTIMAÇÃO DA PENHORA. LEI 8.630/80, ART. 12. ASSINATURA DO

TERMO PELO REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO.

INEXIGIBILIDADE. 1. Não pode ser conhecido o recurso especial na parte em que pleiteia sejam excluídos do pólo passivo da ação executiva os sócios-gerentes da executada, porque a pessoa jurídica, recorrente, não tem legitimidade, para, em nome próprio, defender em juízo direito alheio (dos sócios), a teor do que estatui o art. 6º do CPC. 2. A intimação do advogado da realização da penhora é providência que não se compreende, quer na disciplina geral da ação de execução, inscrita no art. 738 do CPC (com a redação dada pela Lei 8.953, de 13.12.1994), quer na disposição especial da Lei de Execuções Fiscais (art. 12), determinando ambas, apenas, a intimação do executado. 3. O regime legal de contagem de prazo é matéria de ordem pública, insuscetível de modificação por vontade ou por interesse da parte. Assim, não há como atender a requerimento da parte para que o prazo dos embargos comece a contar de forma diversa da prevista em lei. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido."

AC 2001.03.99027653-5, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 12/01/2005: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS OPOSTOS PELA PESSOA JURÍDICA NA DEFESA DE DIREITO PESSOAL DOS SÓCIOS. INDEFERIMENTO DA INICIAL. APELAÇÃO. DESERÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA CONFIRMADA. 1. Os embargos à execução fiscal, que tramitaram por delegação de competência perante a Justiça Estadual, sujeitam-se ao regimental local de custas que, na forma dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, dispensa o preparo da apelação: preliminar de deserção rejeitada. 2. A empresa executada não tem legitimidade para ajuizar embargos à execução fiscal, na defesa de direito alheio e pessoal dos sócios, co-executados, a quem a lei confere a respectiva titularidade e disponibilidade, e cuja inércia não pode ser suprida pela pessoa jurídica, a quem não aproveita qualquer das alegações deduzidas. 3. Rejeição da preliminar de deserção, e desprovimento da apelação."

Na espécie, deve prevalecer, portanto, a extinção do processo sem resolução do mérito, ainda que por fundamentação diversa, como destacada.

(2) Os requisitos formais do título executivo (artigo 202, CTN) e a regularidade da execução proposta

A propósito, tem reiteradamente decidido a Turma, diante de CDA, tal qual a que instruiu a execução fiscal embargada, que não procede a alegação de nulidade, em detrimento da presunção de sua liquidez e certeza, uma vez que nele constam os elementos exigidos legalmente para a identificação do crédito executado (qualificação do sujeito passivo, origem e natureza do crédito, competência - período base, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, *quantum debeatur*, termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, etc.), sendo integralmente válida e eficaz a CDA, em face do artigo 202 do CTN e artigo 2º e §§ da LEF, para efeito de viabilizar a execução tentada. Em suma, o título executivo, no caso concreto, especifica desde a origem até os critérios de consolidação do valor do crédito tributário executado, não se podendo, neste contexto, invocar qualquer omissão ou obscuridade, mesmo porque é certo, na espécie, que o contribuinte não enfrentou dificuldade na compreensão do teor da execução, tanto que opôs os embargos com ampla discussão visando à desconstituição do título executivo, não se podendo cogitar de violação ao princípio da ampla defesa, nem de iliquidez, incerteza, nulidade, falta de interesse processual ou impossibilidade jurídica do pedido.

Diante de título executivo com idênticas características, tem decidido, reiteradamente, a Turma que:

- **AC nº 2008.03.99.026301-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 14/10/2008: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO.** 1. A certidão de dívida ativa contém todos requisitos formais exigidos pela legislação, estando apta a fornecer as informações necessárias à defesa do executado que, concretamente, foi exercida com ampla discussão da matéria versada na execução.(...)"

- **AC nº 2002.61.82.045883-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 25/11/2008: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA AFASTADA. ACRÉSCIMOS DECORRENTES DA MORA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.** 1. A dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Necessária, para ilidi-la, prova em contrário, concretamente demonstrável. 2. A Certidão da Dívida Ativa permitiu verificar a presença de todos os requisitos necessários para tornar o título certo, líquido e exigível, contendo todos os elementos necessários à identificação do débito e apresentação da respectiva defesa. 3. A Lei nº 6.830/80, que trata das execuções de créditos da Fazenda Nacional, não prevê a exigência de apresentação de demonstrativo pormenorizado do débito, sendo suficiente que a certidão de dívida ativa indique expressamente as disposições legais aplicáveis, nos termos do disposto no art. 2º, § 5º, da norma em referência, bem como no art. 202, II, do CTN. (...)"

(3) SELIC como juros de mora

No ponto, encontra-se consolidada a jurisprudência, primeiramente no sentido de que o artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, na redação anteriormente vigente, não constituía norma de eficácia plena, para efeito de impedir, independentemente de lei complementar, a cobrança de juros acima do limite de 12%, conforme restou estatuído, primeiramente, na Súmula 648 e, posteriormente, na Súmula Vinculante 7, *verbis*: "A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.". Além do mais, decidiu a Suprema Corte que nenhuma outra questão constitucional pode ser extraída da discussão quanto à validade da aplicação da Taxa SELIC em débitos fiscais, sobejando apenas controvérsia no plano infraconstitucional (v.g. - RE nº 462.574, Rel. Min. GILMAR

MENDES, DJU de 02.12.05; RE nº 293.439, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 09.05.05; RE nº 346.846, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU de 19.08.05; e AI nº 521.524, Rel. Min. CÉZAR PELUSO, DJU de 30.11.04). No plano infraconstitucional, pacífica a jurisprudência quanto à validade da Taxa SELIC no cálculo de débitos fiscais, nos termos da Lei nº 9.065/95, lei especial que, conforme permitido pelo artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, disciplinou a cobrança de juros de mora fiscais, além de 1% ao mês, e que foi objeto de extensão aos indébitos fiscais, com o advento da Lei nº 9.250/95, assim unificando o regime de juros moratórios, seja o Poder Público credor ou devedor.

A propósito, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça na interpretação definitiva do direito federal e na uniformização da jurisprudência:

- RESP nº 1.086.308, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 19/12/2008: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REQUISITOS DE VALIDADE. SÚMULA 7/STJ. TAXA SELIC. LEGALIDADE. 1. A aferição da certeza e liquidez da CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e regularidade, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 2. É legítima a utilização da taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07). 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido."

Nesta Turma, não é outro o entendimento consagrado:

- AC nº 2006.61.82.012581-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 04/11/2008: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DTCC E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO. 1. (...) 5. O limite de 12%, a título de juros (antiga redação do § 3º, do artigo 192, da CF), tem incidência prevista apenas para os contratos de crédito concedido no âmbito do sistema financeiro nacional, o que impede sua aplicação nas relações tributárias, estando, ademais, a norma limitadora a depender de regulamentação legal para produzir eficácia plena, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, permite que a lei ordinária fixe o percentual dos juros moratórios, os quais não se sujeitam à lei de usura, no que proíbe a capitalização dos juros, tendo em vista o princípio da especialidade da legislação. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da plena validade da Taxa SELIC, como encargo moratório fiscal, rejeitadas as impugnações deduzidas, pelo foco tanto constitucional como legal, inclusive a de retroatividade. 6. A defesa genérica, que não articule e comprove objetivamente a violação aos critérios legais na apuração e consolidação do crédito tributário, é inidônea à desconstituição da presunção de liquidez e certeza do título executivo: artigo 3º da Lei nº 6.830/80."

Com relação a suposto anatocismo, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da orientação firmada no âmbito desta Turma, que "A Súmula 121/STF veda a capitalização de juros convencionais previstos no Decreto 22.626/33, estando sua aplicação restrita a esse âmbito, no qual, a toda a evidência, não se compreendem os juros em matéria tributária, regidos por legislação específica" (RESP nº 497.908, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 21/03/2005).

(4) Os critérios de apuração da dívida: cumulação de encargos

No tocante à cumulação de correção monetária, juros e multa moratória na apuração do crédito executado, a improcedência do questionamento é manifesta, pois cada qual dos encargos, com sua natureza jurídica própria e finalidade específica, não permite cogitar de *bis in idem*, conforme revela o próprio artigo 2º, § 2º, da Lei nº 6.830/80. A mera correção monetária, por evidente, não constitui senão a recomposição do valor da moeda, sem implicar, *per se*, em acréscimo efetivo ao valor do tributo, devendo incidir na apuração do crédito executado, inclusive nas parcelas referentes às multas fiscais (Súmula 45 do TFR), sem prejuízo da aplicação cumulativa dos juros de mora e da multa moratória (Súmula 209/TFR).

A distinção entre os dois últimos encargos, que justifica a incidência cumulativa, assenta-se no seguinte: os juros moratórios objetivam, no plano do ressarcimento, compensar o Fisco pela demora do contribuinte na satisfação do crédito tributário, ao passo que a multa moratória tem caráter punitivo e objetiva coibir a violação ao dever de recolhimento do tributo no prazo legalmente fixado, donde a viabilidade da cumulação dos encargos nos termos sumulados. De resto, a incidência de ambos os encargos, como decorrência da falta de recolhimento do tributo no prazo e na forma legal, é prevista expressamente pelo artigo 161 do Código Tributário Nacional, que alude que o crédito tributário, em casos que tais, é acrescido de juros de mora, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis. Neste sentido, os seguintes precedentes:

- RESP nº 665.320, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE de 03/03/2008: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DISPENSA. ANÁLISE DA PROVA DOCUMENTAL JUNTADA AOS AUTOS. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DA CDA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. MULTA MORATÓRIA. ART. 52 DO CDC. INAPLICABILIDADE. CUMULAÇÃO DE JUROS

DE MORA E MULTA FISCAL. POSSIBILIDADE. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. APLICAÇÃO DA SELIC. LEGALIDADE. 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta 2. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado desprezar a produção de provas quando constatar que a questão é unicamente de direito ou que os documentos acostados aos autos são suficientes para nortear seu convencimento. No caso, as instâncias ordinárias, soberanamente, decidiram pela dispensa de realização probatória. 3. A verificação da presença dos requisitos necessários à CDA demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte. 4. Não se aplica às relações tributárias a redução da multa ao percentual de 2% (dois por cento) previsto na legislação aplicável às relações de consumo. Precedentes: REsp 770.928/RS, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.11.2005; AgRg no Ag 847.574/GO, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 14.05.2007 5. É legítima a cobrança de juros de mora simultaneamente à multa fiscal moratória, pois esta deflui da desobediência ao prazo fixado em lei, revestindo-se de nítido caráter punitivo, enquanto que aqueles visam à compensação do credor pelo atraso no recolhimento do tributo (Súmula 209 do extinto TFR). 6. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários - AgRg nos EREsp 579565/SC, 1ª S., Min. Humberto Martins, DJ de 11.09.2006; AgRg nos EREsp 831564/RS, 1ª S., Min. Eliana Calmon, DJ de 12.02.2007 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido." (g.n.)
- RESP nº 297.885 Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 11.06.01: "**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE - INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO - DEMONSTRAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA EM CONCORDATA - MULTA FISCAL - EXIGIBILIDADE - CRÉDITO - CONSTITUIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - CUMULAÇÃO DE JUROS DE MORA E MULTA.** Não se conhece do recurso especial se ausente a demonstração de violação a dispositivo de lei federal, bem como se nenhum paradigma jurisprudencial foi trazido à colação para comprovação do dissídio pretoriano. A multa decorrente de infração fiscal é exigível da empresa em regime de concordata, não se lhe aplicando a regra contida no artigo 23, parágrafo único, inciso III, da Lei de Falências. Orientação jurisprudencial firmada pela Egrégia Primeira Seção do STJ (EResp nº 111.926-PR, julgado em 24/08/2.000). A constituição definitiva do crédito tributário ocorre com o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo. Em se tratando de débito declarado pelo próprio contribuinte e não pago, não tem lugar a homologação formal, sendo o mesmo exigível independentemente de notificação prévia ou instauração de procedimento administrativo. A exigência cumulativa de juros de mora com a multa é prevista pelo artigo 161, caput, do CTN. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, improvido." (g.n.)

Em suma, inexistente qualquer ilegalidade, inconstitucionalidade, nulidade ou excesso na execução fiscal ajuizada, sendo, pois, manifestamente improcedentes os embargos do devedor, à luz do que firmado pela jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00047 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001959-33.2009.4.03.6123/SP

2009.61.23.001959-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : WILLTEC IND/ E COM/ LTDA -EPP

ADVOGADO : ALEXANDRE MENDES PINTO e outro

APELADO : Conselho Regional de Química da 4 Região CRQ4

ADVOGADO : EDMILSON JOSE DA SILVA

No. ORIG. : 00019593320094036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação contra sentença que indeferiu a inicial dos embargos à execução fiscal, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito, nos termos dos artigos 267, I e IV, e 295, III, ambos do CPC, por descumprimento de decisão que determinou a juntada de documentos indispensáveis à propositura da ação.

No recurso, a apelante alegou, em suma, que, ao ser intimada para regularizar o feito, cumpriu integralmente o despacho, juntando cópia da inicial da execução e dos embargos, e esclarecendo que os demais documentos já haviam instruído a petição inicial da ação.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, os embargos do devedor configuram ação autônoma, que deve ser instruída com todos os documentos essenciais à solução da causa, ainda que eventualmente sejam reprodução do que contido no executivo fiscal, que se encontra em apenso de forma provisória, dada a possibilidade e a exigência legal de desmembramento, na forma dos artigos 520, inciso V, e 739-A, *caput*, ambos do Código de Processo Civil.

A ausência de documentos, para a instrução da causa, como indicada, legitima a rejeição liminar dos embargos, à luz dos artigos 267, 284, 295 e 739, todos do Código de Processo Civil, como revela a jurisprudência desta Corte, *verbis* (g.n.):

- AC nº 1999.03.99.107891-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 14/04/2004, p. 230: "**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO. OMISSÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO.** Os embargos constituem ação autônoma, cuja inicial deve ser instruída com todos os documentos essenciais, observado o prazo fixada para regularização, cujo decurso, sem cumprimento integral da diligência, autoriza a extinção do processo, sem exame do mérito. Caso em que, embora intimada a instruir regularmente a inicial, a apelante deixou transcorrer o prazo *in albis*, sem qualquer justificativa para a omissão, com o que restou legitimada a solução adotada pelo Juízo a quo. Precedentes."

- AC nº 2006.61.82.036401-3, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJU de 12/12/2007, p. 339: "**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO ATENDIMENTO À DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA SANAR IRREGULARIDADES PROCESSUAIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. SENTENÇA MANTIDA. 1.** Hipótese em que a publicação do despacho que determinou a emenda da inicial foi regularmente realizada no Diário Oficial, conforme atesta a certidão de publicação juntada aos autos, cuja presunção de veracidade não foi afastada pela apelante. 2. A teor do art. 236 do Código de Processo Civil, a publicação do ato judicial na imprensa oficial é suficiente para a fluência de prazo processual, não configurando motivo para impedir o início de sua fluência, a ausência de envio do recorte ao advogado por associação que presta esse serviço. Precedentes. 3. Também não prospera a alegação da apelante no sentido de que haveria necessidade de intimação pessoal para a extinção do feito, porque não se trata de extinção por negligência do autor ou abandono da causa, como prevêem os incisos II e III do art. 267 do CPC, requisitos necessários para a aplicação do disposto no § 1º da mesma norma. Com efeito, trata-se, *in casu*, de extinção fundada no art. 267, inciso I, que não exige a formalidade da intimação pessoal. 4. Os documentos solicitados, quais sejam: a) retificação do valor da causa; b) juntada de procuração original e de cópia autenticada do contrato; e c) juntada de cópia simples da inicial, da CDA e do auto de penhora dos autos da execução fiscal, são pertinentes para a análise da lide, sendo de rigor a manutenção da sentença extintiva. 5. Os embargos do devedor, por tratar-se de ação de conhecimento incidental sobre a de execução, devem ser convenientemente instruídos com procuração, estatuto social (quando a executada for pessoa jurídica), certidão ou cópia autêntica do auto de penhora, da respectiva intimação, da Certidão de Dívida Ativa e demais documentos através dos quais se queira fundamentar a defesa apresentada. 6. Precedentes. 7. Não tendo a parte atendido o despacho que determinava a instrução dos embargos com documentos indispensáveis ao exame de sua tese, não apresentados com a inicial, deverá arcar com as conseqüências de sua omissão. 8. Apelação improvida."

- AC nº 1999.61.02.011707-0, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJU de 14/09/2005, p. 244: "**PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO - REJEIÇÃO 1.** O acórdão embargado enfrentou a matéria posta em debate, inclusive com menção expressa no relatório do voto condutor, de que os embargos à execução foram extintos sem julgamento do mérito, ao fundamento de que a embargante não teria juntado documentos indispensáveis à propositura da ação, quais sejam: cópias autenticadas do auto de penhora e da Certidão de Dívida Ativa, sendo irrelevante, para o deslinde da controvérsia e embora alegado em contra-razões pela apelada, mencionar-se os fundamentos jurídicos que levaram à extinção do feito, não havendo que se falar em ofensa aos artigos 505 e 512 do Código de processo Civil. 2. Embargos de declaração rejeitados."

- AC nº 95.03087553-6, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, DJF3 CJI de 14/10/2010, p. 936: "**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. VÍCIOS FORMAIS. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DEVEDOR. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ÔNUS DO SUJEITO PASSIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EQUITATIVO. 1.** A certidão de dívida ativa somente será nula no caso em que os vícios formais dificultarem o exercício do direito de ampla defesa. 2. No caso em questão, não houve comprovação das alegadas nulidades, não havendo nem mesmo cópia da CDA nos autos. Ademais, os executados interpuseram os embargos à execução, não tendo havido, portanto, qualquer prejuízo. 3. Os embargos de devedor são demanda autônoma em relação à execução fiscal, formando autos distintos que, eventualmente, são desapensados na fase recursal. Assim, os elementos de prova convenientes ao julgamento dos embargos devem fazer parte dos respectivos autos, tendo o embargante o ônus de instruí-lo adequadamente. Consideram-se documentos indispensáveis à propositura dos embargos a cópia da petição inicial da execução ou respectiva certidão da dívida ativa, comprovação da regularidade da representação processual, auto de penhora e correspondente intimação. 4. Tanto o art. 204 do Código Tributário Nacional quanto o art. 3º da Lei n. 6.830/80 estabelecem a presunção de liquidez e certeza da dívida ativa regularmente inscrita. Essa presunção somente pode ser afastada mediante prova inequívoca a cargo do sujeito

passivo ou do executado. Portanto, não basta alegar que a Certidão de Dívida Ativa não preenche os requisitos do art. 202, II, do Código Tributário Nacional e do art. 2º, § 5º, da Lei n. 6.830/80. 5. Os documentos apresentados pelos embargantes eram insuficientes para a averiguação dos valores pagos a título de mão-de-obra. Assim, o agente fiscalizador procedeu ao arbitramento do montante, utilizando-se, para tanto, de prerrogativa prevista na legislação (art. 116, V e VI, do Decreto n. 83.081/79). A mera alegação de inadequação da tabela é incapaz de infirmar a liquidez e certeza do crédito tributário. 6. A utilização da área construída é um meio indireto de se chegar aos valores pagos a título de mão-de-obra, que constituem a base de cálculo da contribuição previdenciária. Vale dizer, a incidência não é sobre o valor da área construída, mas sim sobre os valores pagos pelo serviço realizado. 7. Não havendo condenação e inexistindo motivo a ensejar conclusão diversa, os honorários advocatícios devem ser fixados equitativamente, à vista do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e dos padrões usualmente aceitos pela jurisprudência. 8. Apelações não providas."

- AC nº 97.03000793-7, Rel. Des. Fed. PEIXOTO JUNIOR, DJF3 CJI de 04/11/2009, p. 47: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO AUTÔNOMA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À AFERIÇÃO DA MATÉRIA DO RECURSO. CITAÇÃO VIA POSTAL. PESSOA JURÍDICA. VALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. 1. Os embargos à execução constituem ação autônoma e, como tal, devem ser instruídos com os documentos essenciais à comprovação das alegações das partes, ainda que apensados aos autos da execução, posto que não existe vedação legal ao desapensamento para prosseguimento da execução quando a apelação é recebida apenas no efeito devolutivo. 2. Apelação que não está instruída com cópia da Certidão da Dívida Ativa e do auto de penhora e avaliação dos bens penhorados, documentos indispensáveis à aferição da matéria do recurso. 3. Em se tratando de pessoa jurídica, considera-se válida a citação por via postal efetivada no endereço correto da empresa devedora, ainda que não recebida por seu representante legal. Precedentes. 4. Regularidade na cobrança das verbas acessórias. Precedentes. 5. Redução da verba honorária nos termos do art. 20, § 4º do CPC. 6. Recurso parcialmente provido."

- AC nº 2000.61.82.039835-5, Rel. Juiz Fed. Conv. ALEXANDRE SORMANI, DJF3 CJI de 01/07/2010, p. 295: "PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE MANTEVE A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS. DETERMINAÇÃO PARA JUNTADA. INÉRCIA DA PARTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. I - Os embargos à execução constituem ação autônoma e, como tal, a petição inicial, além de conter os requisitos do artigo 282 do CPC, deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (artigo 283 do CPC), como tal devendo ser consideradas as cópias do auto de penhora e respectiva intimação e da certidão de dívida ativa e seus anexos. Afora isso, cumpre anexar, ainda, a procuração e documentos de constituição da pessoa jurídica executada, assim como os documentos necessários à comprovação das alegações da parte (artigo 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80). II - A existência dos referidos documentos nos autos da ação de execução fiscal não isenta a embargante dessa obrigação, em especial ao se ter em conta que os autos do processo de embargos devem seguir ao tribunal para exame de eventual recurso, que, no caso de improcedência, não tem efeito suspensivo, ficando a ação executiva em primeira instância, em tramitação normal. III - No caso dos autos, a embargante foi regularmente intimada, por publicação na imprensa oficial em 22/01/2008, para juntar, em 10 (dez) dias, os documentos considerados necessários e indispensáveis ao julgamento do feito (fls. 43). Todavia, não cumpriu a decisão judicial no prazo que lhe foi concedido, nem veio aos autos argüir a impossibilidade de fazê-lo. IV - Vencido o prazo concedido pelo juiz, sem atenção ao ônus de juntar os documentos determinados, a parte deve sofrer a consequência legal decorrente de sua conduta, qual seja, a extinção do processo sem exame do mérito, pelo indeferimento da petição inicial (artigo 284, parágrafo único, do CPC). V - Agravo legal desprovido. Decisão monocrática mantida."

- AC nº 2006.61.82.031286-4, Rel. Juiz Fed. Conv. SOUZA RIBEIRO, DJF3 de 09/09/2008: "PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL E DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DOS EMBARGOS - DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL NÃO CUMPRIDA NO PRAZO LEGAL - SENTENÇA DE INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL - CUMPRIMENTO EXTEMPORÂNEO (EM APELAÇÃO) - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO - IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DIRETO PELO TRIBUNAL SOBRE A PRESCRIÇÃO - APELAÇÃO DESPROVIDA. I - Afastada a preliminar de intempestividade do recurso, argüida pela apelada, tendo em vista que foi interposto em 03/06/2002 (segunda-feira), ou seja, no primeiro dia útil subsequente ao feriado forense, conforme Portaria nº 509, de 23/05/2002 do Presidente do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região que suspendeu o expediente no dia 31/05/2002 (sexta-feira). II - Considerando o específico objeto dos embargos e sua natureza essencial de ação autônoma, a petição inicial deve conter os requisitos previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente (LEF, art. 1º). III - Constitui ônus processual da embargante (artigo 16, § 2º da LEF c.c. artigo 283 do CPC), sob pena de rejeição liminar dos embargos (CPC, art. 284, parágrafo único), a instrução da petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação, como tal devendo ser considerados: petição inicial com o título executivo e anexos que a acompanhem - CDA (para verificação da regularidade formal da execução e natureza e origem do crédito em execução); termo de penhora, depósito e respectiva intimação (para verificar a admissibilidade dos embargos (tempestividade e prévia garantia do juízo), procuração outorgada ao(s) advogado(s) (CPC, art. 37) e os documentos de identificação/constituição da pessoa jurídica executada (para verificação da capacidade postulatória e a regularidade de sua representação no processo). III - A juntada destes documentos aos autos da ação de execução fiscal não isenta a embargante da obrigação, em especial nos casos como o dos autos em que os autos do processo de embargos devem seguir para exame do tribunal em grau de recurso que não tem efeitos

suspensivos, tendo a ação executiva normal tramitação em primeira instância. IV - O cumprimento extemporâneo da determinação de emenda da petição inicial não afasta a legalidade do seu indeferimento, diante da preclusão operada pelo descumprimento do prazo peremptório, salvo se houver justa causa para o excesso de prazo. V - Precedentes do STJ e do TRF-3ª Região. VI - No caso dos autos, correta a sentença que indeferiu liminarmente a petição inicial (por não juntada de documentos essenciais à ação de embargos - cópia da CDA, do mandado de penhora e da intimação da penhora efetivada na execução fiscal), decisão que não merece reforma porque não foi justificado o cumprimento extemporâneo apenas com a apelação. VII - Quanto à prescrição alegada pela embargante, uma vez confirmada a sentença extintiva dos embargos, descabe sua análise direta por esta Corte na forma do artigo 515 do Código de Processo Civil, devendo a matéria ser apreciada pelo juízo da execução, em primeira instância, desde que produzida prova documental hábil à demonstração e reconhecimento do prazo extintivo do crédito fiscal. VIII - Apelação desprovida."

Na espécie, a apelante foi intimada, em 12/11/2009 (f. 28 e 28v.), para juntar, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da inicial, cópias da inicial da execução fiscal e dos embargos e da certidão de intimação da penhora e do prazo para oposição de embargos.

Entretanto, em 23/11/2009 (f. 29/30), a embargante anexou apenas cópia da inicial da execução fiscal (f. 31/3) e da inicial dos embargos para contrafé (juntada por linha), alegando que a certidão de intimação da penhora e do prazo para embargos já teria instruído a petição de propositura da ação.

Analisando os autos, verifica-se que foram anexados à inicial dos embargos apenas os seguintes documentos: procuração (f. 09); alteração e consolidação de contrato social (f. 10/9); cópia do anverso do auto de penhora, avaliação e depósito (f. 20) e cópia com a descrição e demonstração de produtos comercializados pela embargante (f. 21/7).

Como se observa, não consta dos autos a cópia da certidão de intimação da penhora e do prazo para embargos, para cuja juntada foi intimada a apelante, sem a qual não é possível apreciar a própria admissibilidade dos embargos de devedor, questão de ordem pública, prejudicial de todas as demais.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

Publique-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00048 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004884-70.2006.4.03.6102/SP

2006.61.02.004884-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : ROQUE ALVES CHIMELLO
ADVOGADO : ALCIDES GABRIEL DA SILVA e outro
APELADO : Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2 Região em São Paulo CRECI/SP
ADVOGADO : APARECIDA ALICE LEMOS e outro
No. ORIG. : 00048847020064036102 9 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis, para cobrança de anuidades e multas, com a condenação em verba honorária de 10% sobre o valor do débito atualizado.

Apelou a embargante, alegando, em suma: (1) nulidade da CDA, por falta dos requisitos legais específicos; (2) que jamais exerceu a função de corretor de imóveis, conforme comprovado; e (3) a ocorrência de prescrição, pois "ficou inscrito pelo período de doze anos, e somente nos últimos cinco anos a dívida foi inscrita para exercer a cobrança executiva".

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer, nos termos do artigo 75 da Lei nº 10.741/03, pela manutenção da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da parcial procedência das alegações deduzidas, conforme demonstrado nos tópicos de análise em seqüência.

(1) Os requisitos formais do título executivo e a regularidade da execução proposta

Tem reiteradamente decidido a Turma, diante de CDA, tal qual a que instruiu a execução fiscal embargada, que não procede a alegação de nulidade, em detrimento da presunção de sua liquidez e certeza, uma vez que nela constam os elementos exigidos legalmente para a identificação do crédito executado, sendo integralmente válida e eficaz a CDA, em face do **artigo 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80**, para efeito de viabilizar a execução intentada. Em suma, o título executivo, no caso concreto, especifica desde a origem até os critérios de consolidação do valor do crédito executado, não

se podendo, neste contexto, invocar qualquer omissão ou obscuridade, mesmo porque é certo, na espécie, que o devedor não enfrentou dificuldade na compreensão do teor da execução, tanto que opôs os embargos com ampla discussão visando à desconstituição do título executivo, o qual, tendo sido regularmente inscrito, goza de presunção de liquidez e certeza.

Diante de título executivo com idênticas características, tem decidido, reiteradamente, a Turma que:

- AC nº 2004.61.27.001802-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 07/12/2005: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXIGIBILIDADE DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE TODO O PERÍODO DE FUNCIONAMENTO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. 1. A certidão de dívida ativa contém todos requisitos formais exigidos pela legislação, estando apta a fornecer as informações necessárias à defesa do executado que, concretamente, foi exercida com ampla discussão da matéria versada na execução. 2. Não se exige, na espécie, a juntada de memória discriminada do cálculo, sendo suficiente a CDA, enquanto título executivo, para instruir a ação intentada: princípio da especialidade da legislação. (...)"

(2) Anuidades

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que anuidades profissionais têm natureza tributária, sujeitando-se ao regime de prescrição do artigo 174 do Código Tributário Nacional, computando-se o quinquênio da constituição definitiva do crédito tributário, que somente pode ser interrompido pela propositura da ação, ordem de citação ou própria citação, conforme o caso.

As anuidades profissionais do CRECI, deverão ser pagas "até o último dia útil do primeiro trimestre de cada ano, salvo a primeira, que será devida no ato da inscrição do Corretor de Imóveis ou da pessoa jurídica", sob pena de multa moratória (artigo 35 e 36 do Decreto nº 81.871/78), sendo assim, **na espécie**, os vencimentos ocorreram em março/00, março/01, março/02, março/03 e março/04, tendo, portanto, o prazo prescricional se iniciado no **primeiro dia útil de abril de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004** (CDA's f. 61/7), datas de constituição definitiva dos créditos, daí porque desnecessários ulteriores lançamentos.

Em consonância com a jurisprudência consolidada, tem decidido esta Turma, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

- AC nº 2006.61.02.002968-0, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 de 07.07.10: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI. COBRANÇA DE ANUIDADES E MULTAS ELEITORAIS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. 1. Execução de créditos referentes a anuidades e multas devidas ao CRECI, dos exercícios de 2000 a 2004. 2. O artigo 174 do CTN dispõe que "a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva". 3. No caso em estudo, a constituição definitiva dos créditos deu-se a partir de abril de 2000, abril de 2001, abril de 2002, abril de 2003 e abril de 2004, conforme constam das CDAs como "termo inicial para atualização", em obediência às regras previstas nos artigos 35 e 37 do Decreto n. 81.871/1978, regulamentador da Lei n. 6.530/1978, que disciplina a profissão de Corretor de Imóveis. 4. Os prazos prescricionais correspondentes a cada parcela tiveram início em 1º de abril de 2000, 1º de abril de 2001, 1º de abril de 2002, 1º de abril de 2003 e 1º de abril de 2004, datas em que os valores se tornaram devidos e definitivamente constituídos, por força do regramento supracitado, não havendo que se falar, portanto, na necessidade de posterior lançamento pelo exequente, consoante já afirmado. 5. Execução fiscal ajuizada na vigência da Lei Complementar n. 118/2005, a qual alterou o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, devendo-se, portanto, considerar como termo final para contagem do prazo prescricional a data do despacho que ordenou a citação. 6. Não se aplica ao caso a regra contida no § 3º, do artigo 2º, da Lei 6.830/1980 - que trata da suspensão da prescrição pelo prazo de 180 dias. A prescrição é norma geral em matéria tributária, que deve ser regulada por lei complementar, conforme artigo 146, inciso III, letra "b", da CF/1988, e que se encontra disciplinada pelo artigo 174 do CTN, o qual não prevê hipótese de suspensão. 7. Estão prescritas a anuidade e a multa eleitoral relativas ao exercício de 2000, considerando que transcorreram mais de cinco anos entre a data da constituição definitiva de tais valores e a data do despacho ordinatório da citação na execução fiscal. Com relação às anuidades restantes, deve a execução fiscal prosseguir regularmente, já que não foram atingidas pela prescrição. 8. O simples argumento de ter cessado o exercício das atividades ligadas ao ramo imobiliário não basta para afastar a cobrança em tela, sendo necessária a existência de prova cabal do cancelamento da inscrição junto ao CRECI. 9. Cabe ao profissional formalizar o cancelamento de sua inscrição perante o conselho de classe quando deixar de exercer atividades relacionadas ao seu ramo profissional, sob pena de estar obrigado ao pagamento de anuidades. 10. Verificada a sucumbência recíproca, por força do artigo 21, caput, do CPC, as partes deverão arcar com os ônus da sucumbência, na exata proporção em que cada uma restou vencida. 11. Apelação parcialmente provida, para declarar prescritos os valores referentes ao exercício de 2000."(g.n.)

- AC nº 2008.61.05006169-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13.01.09: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO - COBRANÇA DE ANUIDADES - PRESCRIÇÃO. 1. O art. 174 do CTN dispõe que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 2. Trata-se de cobrança relativa a anuidades devidas ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo - CREA/SP, referentes aos anos de 2002 e 2003, cuja

exigibilidade deu-se, respectivamente, em mar/02 e mar/03 (fls. 03). A partir destas datas, com a constituição dos valores, teve início o prazo prescricional para a propositura do executivo fiscal. 3. No presente caso, foi a execução fiscal ajuizada após o início da vigência da LC 118/05. Portanto, com relação à interrupção do prazo prescricional, não incide na hipótese, de acordo com o entendimento desta Turma, o disposto na Súmula 106 do STJ, mas sim a nova redação dada ao art. 174, § único, inciso I, do CTN. 4. Da análise dos autos, todavia, verifica-se que os valores em execução já haviam sido atingidos pela prescrição quando do ajuizamento do feito, pois ocorrido este em 17/06/2008. 5. Improvimento ao apelo."

- AC nº 2008.61.05006187-2, Rel. Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, DJF3 de 13.01.09: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CREA. COBRANÇA DE ANUIDADE. PRESCRIÇÃO CONSUMADA. 1. O artigo 174 do CTN dispõe que "a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva". 2. No caso em estudo, a constituição definitiva dos créditos deu-se em março de 2002 e março de 2003, em consonância com o disposto no § 2º do artigo 63 da Lei nº 5.194/1966. 3. Trata-se de execução fiscal ajuizada na vigência da Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, a qual alterou o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, devendo-se, portanto, considerar como termo final para contagem do prazo prescricional a data do despacho que ordenou a citação. 4. Todavia, no caso vertente, não foi proferido o despacho ordinatório da citação, o que torna impossível adotá-lo como termo final do prazo prescricional. 5. Por outro lado, a prescrição já havia se operado antes mesmo da propositura da execução, pois das datas de constituição dos débitos (março de 2002 e março de 2003) até a data do ajuizamento da execução (17 de junho de 2008) transcorreu prazo superior a cinco anos. 6. Não se aplica ao caso a regra contida no § 3º, do artigo 2º, da Lei 6.830/1980 - que trata da suspensão da prescrição pelo prazo de 180 dias, pois a prescrição é norma geral em matéria tributária, que deve ser regulada por lei complementar, conforme artigo 146, inciso III, letra "b", da CF/1988, e que se encontra disciplinada pelo artigo 174 do CTN, o qual não prevê hipótese de suspensão. 7. Apelação a que se nega provimento."

Considerando-se que a ação de execução fiscal foi ajuizada após a vigência da LC nº 118/05, mais precisamente em 18/10/05 (f. 112), a prescrição foi interrompida, nos termos da nova redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174 do CTN, pelo despacho que determinou a citação do executado, proferido em 20/10/05 (f. 93). Desse modo, a consumação do prazo prescricional ocorreu, somente, com relação à anuidade de 2000, definitivamente constituída em março/00 e plenamente exigível em 01/04/00.

(3) Multas administrativas

No tocante às multas administrativas, tratando de dívida ativa não-tributária sujeita-se ao prazo quinquenal, nos termos do Decreto nº 20.910/32, não se aplicando o Código Civil nem o Código Tributário Nacional, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

- AgRg no Ag nº 951.568, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 02.06.08, p. 01: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRAZO QÜINQUÊNIAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO VINTENÁRIO PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...) 5. A Administração Pública, no exercício do ius imperii, não se subsume ao regime de Direito Privado. 6. Ressoa inequívoco que a inflição de sanção às ações contra as posturas municipais é matéria de cunho administrativo versando direito público indisponível, afastando por completo a aplicação do Código Civil a essas relações não encartadas no ius gestionis. 7. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. 8. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado. 9. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado." 10. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lideira à questão da legalidade. 11. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu. 12. Destarte, esse foi o entendimento esposado na 2ª Turma, no Resp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005: "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição

aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. 3. Recurso especial improvido." 13. Precedentes jurisprudenciais: REsp 444.646/RJ, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, DJ 03.04.2006; REsp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, REsp 436.960/SC, DJ 20.02.2006. 14. Agravo regimental desprovido." - AgRg no RESP nº 373.662, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 19.11.07, p. 215: "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - MULTA ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO - CINCO ANOS - INCIDÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO - POSSIBILIDADE. 1. A decisão agravada foi fundamentada no artigo 557 do CPC, que permite ao relator decidir monocraticamente negando seguimento ao recurso em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal. A recorrente aduziu a impossibilidade de julgamento monocrático do especial, por abranger matérias relevantes; contudo, não logrou demonstrar a relevância dos temas e a ausência de jurisprudência pacífica. 2. É posicionamento pacífico desta Corte que o Estado dispõe do prazo de cinco anos para ser acionado, por seus débitos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, e tal lustrum prescricional deve ser aplicado no caso de cobrança do Estado contra o administrado. 3. É possível que em exceção de pré-executividade seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executados, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória. Agravo regimental improvido."

- RESP nº 905.932, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 28.06.07, p. 884: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA PELO MUNICÍPIO. PRESCRIÇÃO. EXISTÊNCIA DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. LAPSO DE PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional, interposto por Celso Antônio Soster (em causa própria) em impugnação a acórdão que, afastando a aplicação do art. 174 do CTN e do Decreto 20.910/32, declarou que a prescrição de multa administrativa (por não estar caracterizada a existência de crédito tributário) deve ser regulada pelo Código Civil (10 anos - CC 2002). 2. Todavia, em se tratando da prescrição do direito de a Fazenda Pública executar valor de multa referente a crédito não-tributário, ante a inexistência de regra própria e específica, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no artigo 1º do Decreto 20.910/32. 3. De fato, embora destituídas de natureza tributária, as multas impostas, inegavelmente, estão revestidas de natureza pública, e não privada, uma vez que previstas, aplicadas e exigidas pela Administração Pública, que se conduz no regular exercício de sua função estatal, afigurando-se inteiramente legal, razoável e isonômico que o mesmo prazo de prescrição - quinquenal - seja empregado quando a Fazenda Pública seja autora (caso dos autos) ou quando seja ré em ação de cobrança (hipótese estrita prevista no Decreto 20.910/32). Precedentes: Resp 860.691/PE, DJ 20/10/2006, Rel. Min. Humberto Martins; Resp 840.368/MG, DJ 28/09/2006, Rel. Min. Francisco Falcão; Resp 539.187/SC, DJ 03/04/2006, Rel. Min. Denise Arruda. 4. Recurso especial conhecido e provido para o fim de que, observado o lapso quinquenal previsto no Decreto 20.910/32, sejam consideradas prescritas as multas administrativas cominadas em 1991 e 1994, nos termos em que pleiteado pelo recorrente."

- AC nº 2006.03.99.035160-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 16.04.08, p. 629: "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO - MULTA ADMINISTRATIVA - PRAZO. 1. Na presente hipótese, a insurgência da exequente cinge-se à questão do prazo prescricional, por entender que, in casu, este não seria de 5 anos, mas sim de 10 ou 20 anos, de acordo com o previsto no Código Civil (por tratar-se de execução fiscal de multa administrativa). 2. Esta tese, contudo, não se coaduna com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem como com o recente posicionamento desta Corte e de outros Regionais. Com efeito, a jurisprudência atual é no sentido de que o prazo prescricional para esta cobrança é o mesmo previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, ou seja, 5 anos. Precedentes do TRF da 1ª Região, desta Corte e do STJ. 3. Verifica-se a ocorrência da prescrição intercorrente no presente caso, uma vez que o processo foi suspenso, a pedido da exequente, em maio/98, cientificada esta em 03/06/98 (fls. 11). O feito foi remetido ao arquivo em maio/99 (fls. 12), e, após vista à exequente em out/05, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80 (fls. 15), o d. Juízo reconheceu a prescrição intercorrente. 4. Prescrição intercorrente consumada. 5. Apelação improvida."

- AC nº 2005.61.06.002593-0, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJU de 09.04.08, p. 761: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. COMPETÊNCIA. OFICIAL DE FARMÁCIA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA POR DROGARIA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. 1. Não conheço do agravo retido interposto pela apelante/embargante, uma vez que não requerida expressamente a sua apreciação (§1º do artigo 523 do CPC). 2. As CDAs identificam de forma clara e inequívoca o débito exequendo, discriminando as leis que embasam as penalidades aplicadas e o cálculo dos consectários legais. 3. O prazo prescricional para o ajuizamento de execução fiscal para a cobrança de crédito decorrente de multa administrativa é de cinco anos, contados da data da notificação da infração (Decreto nº 20.910/32 e Lei nº 9.873/99). (...)"

- AC nº 1998.50.01.002989-7, Rel. Des. VERA LUCIA LIMA, DJU de 08.10.08, p. 94: "PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESPÍRITO SANTO - CREA/ES. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. MULTA COM FUNDAMENTO NO ART. 73, E, DA LEI N.º 5194/66. CRÉDITO DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32 E DA SÚMULA 314 DO STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO PRAZO. ART. 2º, § 3º, DA LEI N.º 6.830/80. RECURSO DESPROVIDO. -Cuida-se de apelação

cível objetivando a reforma de sentença (fls. 22/26) que, nos autos de ação de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA/ES, reconheceu, de ofício, a ocorrência de prescrição e extinguiu o processo com resolução de mérito, com base nos artigos 26 e 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 e no artigo 269, IV, do CPC. - É possível o reconhecimento oficial da ocorrência de prescrição em relação aos direitos disponíveis ou indisponíveis, tendo em vista que, nos termos do artigo 219, § 5º, do CPC (com a redação dada pela Lei nº 11.280/06), "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". - Consoante se depreende dos autos, o crédito executado refere-se à multa administrativa de natureza não-tributária, aplicada com fundamento no art. 73, e, da Lei nº 5194/66. Destarte, tendo em vista que a multa referida na Certidão de Dívida Ativa que lastreou a presente ação executiva possui natureza não tributária, ao que tudo indica, não se aplica o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN. - De outro lado, a relação material que deu origem ao crédito executado, resultante da aplicação de multa administrativa, parece constituir relação de direito público, fato este que recomenda que se afaste a incidência do Código Civil. - Inexistindo norma específica a respeito do prazo prescricional aplicável ao caso ora analisado, ao que parece, em atenção ao princípio da isonomia, deve incidir o prazo quinquenal previsto no art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932, segundo o qual "as dívidas passivas da União, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem". - De outro lado, tendo em vista tratar-se de execução fiscal de dívida não tributária (multa administrativa cominada com fundamento no art. 73, e, da Lei nº 5.194/66), aplica-se à hipótese dos autos o disposto no artigo 2º, § 3º da Lei nº 6.830/80, segundo o qual a inscrição do débito acarreta a suspensão do prazo prescricional por 180 dias. (...)."

Na espécie, as multas referem-se a 2000 e 2003, sujeitas a encargos a partir de 01/04/03 e 01/11/03, ajuizamento da execução fiscal, em 18/10/05 (f. 112), e despacho que ordenou de citação em 20/10/05 (f. 93), o que comprova que não se consumou a prescrição.

(4) A alegação do não exercício profissional

Com efeito, consolidada a jurisprudência firme no sentido de que o vínculo com o órgão de fiscalização profissional estabelece-se pelo mero registro no respectivo quadro, independentemente da comprovação do efetivo exercício ou não da atividade profissional, conforme revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

AC 2005.61.21.001966-8, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 31.05.2010: "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL - CRESS. ANUIDADES DEVIDAS. AUSÊNCIA DE CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO. 1. Remessa oficial não conhecida. Valor discutido inferior a 60 salários mínimos (§ 2º do artigo 475 do CPC). 2. Não restou demonstrado nos autos o cancelamento da inscrição da embargante perante o Conselho embargado, o que leva a crer que, durante o período das anuidades exigidas, estava devidamente inscrita nos quadros do CRESS e, portanto, sujeita à cobrança dos valores correspondentes. 3. Irrelevante o argumento de não ter exercido a profissão de assistente social durante o período objeto de cobrança. 4. Precedentes da Turma. 5. Remessa oficial não conhecida. Apelação provida, para determinar o prosseguimento da execução fiscal."

AC 2004.61.13.004405-8, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU 28.11.2007: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO PERANTE O ÓRGÃO DE CLASSE. ANUIDADES E MULTA DEVIDAS. 1. As alegações do embargante não têm o condão de afastar a cobrança de anuidades, uma vez que a sua inscrição no conselho profissional acarretou a obrigação destes pagamentos, independentemente de ter exercido a profissão. Da mesma forma, devida também a cobrança da multa eleitoral se o profissional inscrito não comparece para votar nas eleições realizadas no órgão representativo da classe. Para livrar-se de tais responsabilidades, seria necessário o pedido cancelamento de sua inscrição junto ao órgão, o que não restou comprovado nos presentes autos. 2. Por não depender a cobrança das anuidades do efetivo exercício da profissão, não se poderia exigir que o Conselho embargado cancelasse ex officio o registro do embargante. 3. Irrelevante a arguição de não exercício da profissão, mesmo com a juntada de cópia da CTPS, informando contrato de trabalho iniciado em 02/01/99, em cargo diverso, uma vez que somente com o requerimento de cancelamento da inscrição o embargante, ora apelado, teria sucesso em impugnar a presente cobrança. Tal requerimento não foi apresentado nos presentes autos e, de acordo com a Certidão de fls. 46, juntada pela embargada, a solicitação de cancelamento ocorreu somente na data de 19/03/04. Devida, pois, a cobrança das anuidades referentes ao período de 1999 a 2003, bem como a multa eleitoral relativa ao ano de 2000. 4. Precedentes. 5. Improcedentes os embargos, arcará o embargante com o pagamento de honorários que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado. 6. Apelação provida."

AC 2002.72.02.000113-0, Rel. Juiz Conv. MÁRCIO ROCHA, D.E. 08.10.2007: "ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. INSCRIÇÃO VOLUNTÁRIA. SENTENÇA "EXTRA PETITA". INOCORRÊNCIA. 1. A simples inscrição do nome do embargante no CRC é suficiente para dar ensejo à obrigatoriedade do pagamento da mensalidade respectiva, bem como da participação dos pleitos eleitorais realizados pelo Conselho Regional, eis que requerida quando já exercia a função pública. 2. Se o embargante pretendia, por estar exercendo outra função, desincumbir-se do pagamento das anuidades, deveria ter requerido formalmente o cancelamento do registro respectivo. 3. Não é razoável permitir que o Conselho aplique juros e multa moratória sobre o valor devido, pois não

há prova indicando que o contribuinte tenha sido comunicado previamente da existência de débitos pendentes em seu desfavor e que, acaso não providenciasse a regularização da situação, o Conselho providenciaria a cobrança judicial e faria incidir sobre o montante da dívida os respectivos consectários legais."

- AC 2005.82.01.000306- 6, Rel. Des. Fed. OLIVEIRA LIMA, DJU 10.12.2007, p. 763: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. CANCELAMENTO DE REGISTRO PROFISSIONAL CONDICIONADO À QUITAÇÃO DE DÉBITOS. DESCABIMENTO. ANUIDADES DEVIDAS ATÉ O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. 1. Não se pode condicionar o cancelamento da inscrição do profissional no respectivo Conselho à adimplência de eventuais débitos. Caso eles existam, devem ser utilizados os meios legais para sua cobrança; 2. Conselhos Profissionais têm natureza de autarquia, dispondo, portanto, da execução fiscal para cobrar o que lhes é devido; 3. Não obstante, enquanto estiver efetivamente inscrito no órgão de classe, o profissional é responsável pelo pagamento das anuidades. Isso porque, por continuar gozando dos direitos inerentes à inscrição, deve arcar com os ônus dela decorrentes; 4. Cancelamento apenas dos encargos posteriores à data da propositura da ação; 5. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. Recurso adesivo improvido."

Na espécie, o embargante estava inscrito no CRECI/SP no período a que se referem as anuidades (2000, 2001, 2002, 2003 e 2004) e as multas eleitorais (2000 e 2003), conforme documentado nos autos (f. 61/7), sendo que o pedido de cancelamento do registro profissional ocorreu apenas em **26/12/2005** (f. 83/4), não produzindo, pois, efeito retroativo. Tendo em vista o decaimento mínimo do embargado, devida a confirmação da condenação em verba honorária tal como fixada pela r. sentença.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação, apenas para declarar a prescrição da anuidade de 2000, prosseguindo-se a execução fiscal quanto ao mais.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00049 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0003179-32.2009.4.03.6102/SP
2009.61.02.003179-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
PARTE AUTORA : Cia Paulista de Força e Luz CPFL
ADVOGADO : RENATA PINHEIRO GAMITO
PARTE RÉ : NILZA RODRIGUES DO NASCIMENTO
ADVOGADO : LIGIA LUCCA GONCALVES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00031793220094036102 4 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de remessa oficial, em mandado de segurança impetrado para restabelecer o fornecimento de energia elétrica. Alegou a impetrante, em suma, que firmou acordo de parcelamento de débito com a concessionária, em 41 parcelas, contudo, *"faltando 5 meses, ou seja, quando faltava cinco parcelas para quitação do débito, a Impetrante sofreu problemas financeiros graves, não conseguindo cumprir com a obrigação contratada, atrasando o pagamento nas datas aprazadas, ficando sem condições de arcar com o restante da dívida, de uma só vez"*, razão pela qual buscou a realização de um novo acordo para quitação do débito restante, porém, não foi atendida, tendo sido efetuado o corte no fornecimento, com o que se insurge, vez que não pode haver interrupção no fornecimento de serviço público essencial, o que evidencia a ilegalidade e abuso de poder da autoridade coatora.

Em informações, assevera a autoridade impetrada que a origem dos débitos está na constatação de irregularidades no medidor instalado na unidade consumidora, verificadas através de vistoria realizada no imóvel, demonstrada no Termo de Ocorrência de Constatação, sendo, pois, legítimo o procedimento adotado.

Reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Estadual, foram os autos distribuídos à Subseção Judiciária da Justiça Federal de Ribeirão Preto (f. 91), e, posteriormente, redistribuídos à 5ª Subseção Judiciária da Justiça Federal.

A r. sentença concedeu a ordem, *"para o fim de determinar o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica à impetrante (UC nº 17425433), ressalvada a constatação da ocorrência de outros fatos não abordados no presente mandamus, rememorando a possibilidade do recurso às vias ordinárias para o fim de cobrança dos débitos eventualmente apurados pela impetrada"*.

O apelo interposto pela concessionária de energia elétrica foi declarado deserto (f. 181).

Subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da sentença.

DECIDO

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, conquanto o débito tenha se originado da constatação de irregularidades no medidor de consumo, o que asseguraria a validade da medida restritiva ao fornecimento de energia elétrica, no caso dos autos, verifica-se que houve a formalização de acordo de parcelamento, que, porém, não foi cumprido integralmente. Nestas circunstâncias cabe considerar tais débitos como pretéritos, desautorizando, pois, a medida restritiva ora impugnada.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de afastar a possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica, quando se tratar de apuração de débitos pretéritos, tendo em vista que a autoridade impetrada dispõe dos meios legais para a cobrança de seus créditos.

Tal orientação encontra respaldo em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, conforme revelam os seguintes acórdãos:

- EAG nº 1.050.470, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITO PRETÉRITO. CORTE NO FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL ULTRAPASSADO. ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. SÚMULA 168/STJ.

1. Os embargos de divergência tem por escopo uniformizar a jurisprudência do Tribunal ante a existência de decisões conflitantes tomadas pelos seus órgãos fracionários, cabendo à embargante a comprovação do dissídio pretoriano nos moldes estabelecidos no art. 266, § 1º, combinado com o art. 225, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 2. Na presente hipótese, não ficou demonstrado o dissídio jurisprudencial necessário à admissibilidade do recurso, uma vez que o aresto apontado como paradigma (REsp 1.069.215/RS, Rel. Francisco Falcão, julgado em 16.9.2009), não reflete a atual posição da Primeira Turma sobre a matéria, que é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos. Precedentes. 3. Frise-se que "os embargos de divergência pressupõem identidade de fato e solução normativa diversa, com o escopo de uniformizar a jurisprudência. Para fundamentar o cabimento do recurso em questão, deve ser demonstrada a existência de dissídio jurisprudencial atual, cabendo a esta Corte Superior tão somente uniformizar o direito infraconstitucional" (EREsp 312.518/AL, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 28/11/2005). 4. Constatado que o entendimento consignado pelo acórdão embargado observou a atual orientação jurisprudencial da Primeira Seção sobre a matéria, aplica-se, na espécie, a Súmula 168/STJ. 5. Embargos de divergência não conhecido.

- AgRg no Ag nº 1.207.818, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 02.02.10: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. RECORRENTE QUE NÃO DEFINE EM QUE CONSISTE A OMISSÃO. SÚMULA Nº 284/STF. ARTIGO 458 DO CPC. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO

ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. INSTALAÇÃO DE HIDRÔMETRO. INEXEQUIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. INTERRUPÇÃO. INCABIMENTO NO CASO DE DÍVIDAS PRETÉRITAS. AGRAVO

REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Por força legal, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, requerida comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou trechos de votos. 2. Em tema de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, a não indicação expressa das questões apontadas como omitidas vicia a motivação do recurso especial, inviabilizando o seu conhecimento. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 3. Inexiste a violação do artigo 458 do Código de Processo Civil se o acórdão, embora sucintamente, mostra motivação suficiente, abrangendo a matéria que lhe era própria, de modo a permitir a exata compreensão da controvérsia, sendo certo que a apreciação de modo contrário ao interesse da parte não configura ausência de fundamentação. 4. Reconhecido no acórdão impugnado que a recorrente não logrou êxito em comprovar a inexecução da instalação do hidrômetro, a afirmação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requerida exame do acervo fático-probatório, vedado na instância excepcional. 5. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos. 6. Agravo regimental improvido."

- AgRg no REsp nº 1.122.762, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 07.12.09: "ADMINISTRATIVO - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - DÉBITO PRETÉRITO - INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 83 DO STJ. 1. Conforme consignado na decisão agravada, embora o posicionamento desta Corte seja no sentido de que a empresa concessionária pode suspender o fornecimento de energia - devido inadimplemento da conta -, se houver aviso prévio, no caso específico dos autos, não se discute mera inadimplência do usuário, mas sim débito pretérito. 2. Em casos como o presente, em que se caracteriza a exigência de débito pretérito, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não deve haver a suspensão do fornecimento de energia elétrica. Precedentes. 3. Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica, à espécie, o enunciado da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

- REsp nº 960.156, Relatora Ministra ELIANA CALMON: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - INADIMPLENTO - DÉBITOS ANTIGOS - COAÇÃO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO - SÚMULA 83/STJ. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. A Primeira Seção e a Corte Especial do STJ entendem legal a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento do consumidor, após aviso prévio, exceto quanto aos débitos antigos, passíveis de cobrança pelas vias ordinárias de cobrança. 3. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula 83/STJ. 4. Recurso especial não provido."

No mesmo sentido, são os precedentes desta Corte, entre eles, o seguinte:

- APEREEX nº 2005.61.00.014960-2, Relator Juiz Conv. SOUZA RIBEIRO: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA - LEI Nº 8.987/95, ARTIGO 6º, § 3º - RESOLUÇÃO ANEEL Nº 456/2000 - DESCABIMENTO EM CASO DE EXIGÊNCIA DE CONSUMO PRETÉRITO - LEGITIMIDADE EM CASO DE FRAUDE DO SISTEMA MEDIDOR - EXIGÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - Em se tratando de mandado de segurança, a competência se rege pelo disposto no inciso VIII do mesmo artigo 109, sendo irrelevante a relação jurídica material discutida ou o pedido formulado, mas sim a definição de ser federal ou não a autoridade impetrada, conforme as atribuições que está exercendo ao praticar o ato impugnado. II - Será autoridade federal se o ato diz respeito a funções da União Federal, de autarquias ou de empresas públicas federais, incluindo-se os dirigentes das empresas privadas que exercem funções federais delegadas, salvo neste último caso se o ato consubstanciar mera gestão administrativa, hipótese em que o dirigente nem poderá ser considerado autoridade. III - Nesse sentido, o disposto no artigo 2º da Lei nº 1.533/51, que define autoridade federal conforme as conseqüências de ordem patrimonial do ato, é apenas um dos critérios possíveis que não esgota a interpretação do inciso VIII do artigo 109 da Constituição. IV - O fornecimento de energia elétrica é serviço público essencial de competência da União Federal, prestado diretamente ou mediante autorização ou concessão (Constituição Federal, artigo 21, XII, 'd'), agindo as concessionárias deste serviço público por delegação da função federal, daí porque são autoridades federais os dirigentes das concessionárias quando realizam o ato de interrupção do serviço de energia elétrica. V - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. VI - Os serviços públicos essenciais, como os de fornecimento de energia elétrica e/ou água, devem ser prestados aos consumidores de modo adequado e contínuo (Constituição Federal, art. 175, § único, I; Lei nº 8.078/90, art. 22). VII - No caso do serviço de energia elétrica, a legislação prevê causas de interrupção do fornecimento sem ofensa ao princípio da continuidade em sua prestação: em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 3º), matéria regulamentada pela Resolução ANEEL nº 456/2000, que prevê a suspensão, dentre outras: a) imediata, quando constatada a utilização pelo consumidor de procedimentos irregulares referidos no art. 72 (como fraude no medidor que gera faturamento inferior ao real), lavrando-se o respectivo Termo de Ocorrência de Irregularidade a ser entregue ao consumidor (artigo 90, I); e b) após prévia comunicação formal ao consumidor, a ser feita na própria fatura mensal de energia, quando ocorre atraso no pagamento da fatura dos serviços prestados (artigo 91, I). Em um ou outro caso, como de rigor, deve haver possibilidade de defesa pelo consumidor junto à empresa prestadora dos serviços, sem prejuízo do acesso ao Poder Judiciário, em obediência aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, LIV e LV). VIII - Verificada irregularidade no medidor de energia consumida, e cumprido o procedimento adequado, é permitida a interrupção imediata, obstando a prática de má-fé por certos consumidores, interrupção que somente pode perdurar até que o consumidor adote as providências necessárias para proceder à regularização do equipamento de medição de energia segundo os padrões normatizados. IX - Quando se trata de inadimplência pelo consumidor, além do prévio aviso, considerando-se a essencialidade do serviço prestado e a vedação de práticas abusivas na cobrança de dívidas dos consumidores, que devem ser exigidas pelas vias adequadas e sem exposição do consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 42), é necessário que a falta de pagamento se refira às faturas atuais do serviço prestado, e não a eventuais dívidas relativas a serviços pretéritos (mesmo que originadas em irregularidades no medidor de energia consumida e apuradas a título de recuperação de serviços não faturados), e não se justifica a suspensão do fornecimento quando a dívida é objeto de impugnação administrativa ou judicial. X - Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça, das nossas Cortes Federais Regionais, inclusive da 3ª Turma desta Corte. XI - No caso em exame, o consumidor alega abusividade e ilegalidade no corte de energia elétrica. Examinando a documentação juntada aos autos, verificamos que a concessionária, em razão da fraude no medidor constatada, calculou e cobrou do impetrante os valores da suposta energia elétrica consumida e não faturada no período de 16/03/2001 a 28/06/2004, no valor de R\$ 5.613,80 (cinco mil, seiscentos e treze reais e oitenta e dois centavos), mas o corte no fornecimento de energia, ainda que pudesse ter ocorrido de imediato pelo motivo da fraude com base no art. 90, I, da Res. ANEEL nº 456/2000, acabou não ocorrendo, sendo regulada a situação, sobrevindo a suspensão de fornecimento em razão da cobrança do consumo pretérito decorrente da fraude constatada, com base no art. 91, I, da Res. ANEEL nº 456/2000, o que se mostra indevido, nos termos da fundamentação supra. XII - Remessa oficial e apelação desprovidas. Mantida a sentença, para a concessão da segurança."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial.
Publique-se.
Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00050 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007487-08.2009.4.03.6104/SP
2009.61.04.007487-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : JOSE FRANCISCO RECODER GONCALVES
ADVOGADO : RODRIGO LUIZ ZANETHI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00074870820094036104 4 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em mandado de segurança impetrado para suspender a exigibilidade do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, no desembaraço aduaneiro de veículo importado (Lamborghini Galhardo Superleggera - INVOICE nº 20041 e BL nº HBL 053358), por JOSE FRANCISCO RECODER GONCALVES (pessoa física), para uso próprio.

A r. sentença concedeu a ordem.

Apelou a Fazenda Nacional pela reforma da sentença, sustentando, em suma, que: (1) "o legislador não previu vedação à 'incidência única' para o IPI, mas sim a vedação à incidência cumulativa"; (2) o entendimento pela não exigibilidade do IPI em casos que tais fere ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, e 152, CF); (3) a Lei nº 4.502/64, o Decreto-lei nº 34/66, e o Código Tributário Nacional, não deixam dúvida de que o impetrante é "o contribuinte do IPI por sujeição direta", tendo "relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador - o desembaraço aduaneiro de produto industrializado"; (4) o *decisum*, ao adotar a tese de aplicação do princípio da não-cumulatividade, "invadiu seara alheia", pois tenta invalidar atos legais; e (5) "o IPI, ao lado da função arrecadatória (também chamada fiscal), tem função extrafiscal, quando visa, não só a obtenção de receita, mas obter resultados almejados nas áreas políticas, econômicas e sociais", pelo que, com base no princípio da isonomia, "não é jurídico, não é justo, não é factível, tampouco razoável o cidadão nacional e pagar IPI e outro cidadão nacional comprar um veículo estrangeiro, importar e não pagar o IPI"

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme pela não incidência do IPI na importação de veículo automotor, por pessoa física, destinado ao uso próprio. Neste sentido, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, e esta Corte:

- **RE- AgR nº 255.090, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe-190 de 07.10.10: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO POR PESSOA FÍSICA PARA USO PRÓPRIO. NÃO-INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. 1. Não incide o IPI sobre a importação, por pessoa física, de veículo automotor destinado ao uso próprio. Precedentes: REs 255.682-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; 412.045, da minha relatoria; e 501.773-AgR, da relaria do ministro Eros Grau. 2. Agravo regimental desprovido."**

- **RE-AgR 501.773, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 15.08.08, p. 1113: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA . USO PRÓPRIO. Não incide o IPI em importação de veículo automotor, para uso próprio, por pessoa física . Aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento".**

- **RE-AgR nº 255.682, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 10.02.06, p. 14: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE OU EMPRESÁRIO: PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: CF, art. 153, § 3º, II. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. I. - Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário, destinado ao uso próprio: não-incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, "DJ" de 29.10.1999; RE 191.346/RS, Min. Carlos**

Velloso, 2ª Turma, "DJ" de 20.11.1998; RE 298.630/SP, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, "DJ" de 09.11.2001. II. - RE conhecido e provido. Agravo não provido."

- RE-AgR nº 412.045, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 17.11.06, p. 52: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ACÓRDÃO QUE ENTENDEU DEVIDOS O IPI E O ICMS, NA IMPORTAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR PARA USO PRÓPRIO, POR PESSOA FÍSICA QUE NÃO É COMERCIANTE NEM EMPRESÁRIO. APELO EXTREMO PROVIDO, PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO IPI. ALEGADA OMISSÃO QUANTO AO ICMS. A simples leitura das razões do recurso extraordinário revela que a parte agravante submeteu a esta excelsa Corte unicamente a questão relativa ao IPI. Ao fazê-lo, ressaltou a possibilidade de discussão acerca do ICMS em outra lide. Presente esta moldura, não há falar em omissão. Agravo regimental desprovido. (...)

- REsp nº 848.339, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 01.12.08: "TRIBUTÁRIO. IPI. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. NÃO-INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O IPI não incide sobre a importação de veículo por pessoa física para uso próprio, porquanto o seu fato gerador é uma operação de natureza mercantil ou assemelhada. 2. O princípio da não-cumulatividade restaria violado, in casu, em face da impossibilidade de compensação posterior, porquanto o particular não é contribuinte da exação. 3. Precedentes do STF e do STJ: RE-AgR 255682 / RS; Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; DJ de 10/02/2006; RE-AgR 412045 / PE; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; DJ de 17/11/2006 REsp 937.629/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.09.2007, DJ 04.10.2007. 4. Recurso especial provido".

REsp nº 937.629, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 04.10.07, p. 203: "TRIBUTÁRIO. IPI. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. VEÍCULO AUTOMOTOR. PESSOA FÍSICA. NÃO-INCIDÊNCIA. ENCERRAMENTO DA MATÉRIA PELO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso especial interposto contra acórdão que determinou o recolhimento do IPI incidente sobre a importação de automóvel destinado ao uso pessoal do recorrente. 2. Entendimento deste relato r, com base na Súmula nº 198/ST J, de que "na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS". 3. No entanto, o colendo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no RE 203075/DF, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, dando nova interpretação ao art. 155, § 2º, IX, 'a', da CF/88, decidiu, por maioria de votos, que a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, não se aplica às operações de importação de bens realizadas por pessoa física para uso próprio. Com base nesse entendimento, o STF manteve decisão do Tribunal de origem que isentara o impetrante do pagamento de ICMS de veículo importado para uso próprio. Os Srs. Ministros Imar Galvão, Relator, e Nelson Jobim, ficaram vencidos ao entenderem que o ICMS deve incidir inclusive nas operações realizadas por particular. 4. No que se refere especificamente ao IPI, da mesma forma o Pretório Excelso também já se pronunciou a respeito: "Veículo importado por pessoa física que não é comerciante nem empresário, destinado ao uso próprio: não-incidência do IPI: aplicabilidade do princípio da não-cumulatividade: CF, art. 153, § 3º, II. Precedentes do STF relativamente ao ICMS, anteriormente à EC 33/2001: RE 203.075/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, 'DJ' de 29.10.1999; RE 191.346/RS, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, 'DJ' de 20.11.1998; RE 298.630/SP, Min. Moreira Alves, 1ª Turma, 'DJ' de 09.11.2001" (AgReg no RE nº 255682/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10/02/2006). 5. Diante dessa interpretação do ICMS e do IPI à luz constitucional, proferida em sede derradeira pela mais alta Corte de Justiça do país, posta com o propósito de definir a incidência do tributo na importação de bem por pessoa física para uso próprio, torna-se incongruente e incompatível com o sistema jurídico pátrio qualquer pronunciamento em sentido contrário. 6. Recurso provido para afastar a exigência do IPI."

- REsp nº 191.658, Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 29.03.99, p. 103: "TRIBUTÁRIO. IPI. AUTOMÓVEL. IMPORTAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. O IPI incide na importação de veículo, por pessoa física, ainda que seja para uso próprio. Precedente jurisprudencial. Recurso desprovido. Decisão unânime."

- AgrAC nº 2008.61.10.012479-3, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJ de 13.09.10: "AGRAVO LEGAL. IPI. IMPORTAÇÃO POR PESSOA FÍSICA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Presentes os requisitos estabelecidos no caput do art. 557 do CPC, ante a jurisprudência consolidada no âmbito das Turmas do E. STF e do E. STJ, cumpre ao Relator desde logo julgar o feito com arrimo no aludido dispositivo processual. 2. Agravo improvido."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial. Publique-se e intime-se

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00051 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008088-03.2008.4.03.6119/SP

2008.61.19.008088-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : ANDRE LUIZ TORRES DA FONSECA JUNIOR
ADVOGADO : ANDRE LUIZ TORRES DA FONSECA e outro
APELADO : SOCIEDADE GUARULHENSE DE EDUCACAO SOGE
ADVOGADO : ELIAS CASTRO DA SILVA e outro
No. ORIG. : 00080880320084036119 2 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em mandado de segurança impetrado para garantir a renovação de matrícula de aluno, em curso de instituição superior de ensino (matérias em dependência e adaptação do Curso de Direito).

Alegou o impetrante, em suma, que: (1) é bolsista integral, por força de convenção coletiva de trabalho, "*pois seu progenitor trabalhava na Instituição de Ensino desde 1975*", contudo, ao se inscrever para cursar as matérias pendentes de aprovação, em regime de dependência e adaptação, a fim de concluir o curso, foi surpreendido com a recusa à manutenção da bolsa de estudos, mesmo tendo o diretor mantenedor da instituição de ensino atendido a sua solicitação, com o que se insurge, tendo em vista que tal negativa constitui ato abusivo e arbitrário, uma vez que "*ao invés de aceitar a matrícula e no caso de não se ter direito a bolsa, cobrar os valores devidos da mesma, se negou a reconhecer a matrícula do impetrante*", em ofensa ao direito à educação, assegurado constitucionalmente; (2) o curso "*compreende a matrícula até a colação de grau, não a interpretação errônea do Sr. Reitor que forçosamente entende que a bolsa e para o semestre não para o curso como expressamente está escrito*"; e (3) sendo a impetrada entidade sem fins lucrativos, é obrigada a ofertar 20% de suas receitas em bolsas de estudos.

A impetrada, em informações, esclareceu que: (1) o aluno participou do processo seletivo de dezembro/1999, tendo cursado "*do 1º ao 10º semestre, nos anos de 2001 a 2007, sendo aprovado, registrando, todavia, as seguintes dependências: DIREITO CIVIL I, DIREITO ROMANO I, TEORIA GERAL DO PROCESSO, ESTÁGIO DE PRÁTICA JURÍDICA I, DIREITO CIVIL VIII, DIREITO PROCESSUAL PENAL II, ESTÁGIO DE PRÁTICA JURÍDICA II, ESTÁGIO DE PRÁTICA JURÍDICA III, ESTÁGIO DE PRÁTICA JURÍDICA IV e MONOGRAFIA*"; (2) em março de 2008, para readquirir vínculo, efetuou novo Processo Seletivo de Admissão, a fim de cumprir as matérias em dependência, porém, não foi aprovado, solicitando, pois, reabertura de matrícula, no 2º semestre de 2008, através de instrumento particular, e, portanto, deveria ter efetuado, ao menos, o pagamento da 1ª parcela, o que não fez; (2) "*não há que se falar em concessão de bolsa de estudos para dependência e/ou adaptação, visto que é contrato distinto daquele anteriormente firmado*"; e (3) o artigo 17, § 8º, da Convenção Coletiva de Trabalho dispõe que "*As disciplinas cursadas em regime de dependência serão de total responsabilidade do bolsista, arcando o mesmo com o seu custo*".

A r. sentença denegou a ordem.

Apelou o impetrante, alegando, em preliminar, que deve ser declarada a revelia da impetrada, tendo em vista que "*não foram juntados os documentos obrigatórios a pessoa jurídica (Estatuto, Ata de reunião e Ata de nomeação do reitor)*", assim como a procuração. No mérito, reitera os termos da inicial, pugnano pela procedência, "*para estabelecer o direito à bolsa de estudo e perdas pelo prazo corrido negativa do direito adquirido e opressão do requerente impedido de cursar*" (sic).

Posteriormente, a impetrada apresentou instrumento de mandato (f. 86).

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público pela manutenção da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, cumpre rejeitar o pedido de decretação da revelia, tendo em vista que as informações prestadas em mandado de segurança buscam proporcionar ao julgador subsídios para esclarecimentos de fato e de direito para o julgamento da ação. Deste modo, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que, sequer quando ausentes, ou mesmo intempestivas, as informações resultariam em revelia ou confissão ficta:

- RMS nº 26.170, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ de 15.12.08: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INFORMAÇÕES INTEMPESTIVAS. AUSÊNCIA DE REVELIA. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DE PRODUTOS FLORESTAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE A QUANTIDADE DE MADEIRA DECLARADA E O ESTOQUE EM PÁTIO. SUSPENSÃO DA LICENÇA OPERACIONAL ANTES CONCEDIDA À EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - Segundo assente na jurisprudência desta colenda Corte, "a intempestividade das informações prestadas pela autoridade apontada coatora no mandado de segurança não induz a revelia, uma vez que ao impetrante cumpre demonstrar, mediante prova pré-constituída dos fatos que embasam a impetração, a ocorrência do direito líquido e certo" (RMS nº 11571/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJ de 23/10/2000). (...)"

- RMS nº 1.571, Relator Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 23.10.00: "PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL RECORRÍVEL. DESCABIMENTO. INTEMPESTIVIDADE DAS INFORMAÇÕES. INOCORRÊNCIA DE REVELIA. PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE LIMINAR POSSESSÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. RECURSO DESPROVIDO. I - O mandado de segurança não é via própria para atacar decisões judiciais recorríveis. II - A intempestividade das informações prestadas pela autoridade

apontada coatora no mandado de segurança não induz a revelia, uma vez que ao impetrante cumpre demonstrar, mediante prova pré-constituída dos fatos que embasam a impetração, a ocorrência do direito líquido e certo."

- RMS nº 13.178, Relator Ministro PAULO MEDINA, DJ de 24.10.05, p. 379: "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO.

POLICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. A intempestividade nas informações em mandado de segurança - peça dispensável na sistemática da Lei 1533/51 - não macula o acórdão que denega o writ. (...)"

- REsp nº 107.105, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 16.06.97, p. 27420: "RESP.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONFISSÃO FICTA. AUSENCIA DE INFORMAÇÕES. 1. A falta de informações não induz revelia, dado que ao impetrante compete mediante prova documental e pre-constituída, convencer acerca da liquidez e certeza do direito. fatos controvertidos, relacionados com a demissão de servidor publico por variadas razões, extrapolam os lindes do mandado de segurança, cuja petição inicial deve ser de pronto indeferida, em qualquer caso, o acolhimento do pedido com apoio no art. 319 do CPC. (...)"

- AC nº 2005.61.12.003207-6/SP, Relator Des. Fed. MAIRAN MAIA, D.E. de 21.09.10: "PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - INEXISTÊNCIA DE REVELIA - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - QUESTÃO DE PROVA - INVIABILIDADE. 1. As informações prestadas pela autoridade impetrada são essenciais para a formação do convencimento do magistrado. Por óbvio, eventual ultrapassagem do prazo de dez dias para sua apresentação em juízo não será motivo hábil para que se desconsidere o teor delas. Inexistem, no âmbito do mandado de segurança, os efeitos da revelia e da confissão ficta. (...)"

No mérito, não pode ser acolhida a pretensão, tendo em vista que demonstrado que o impetrante, conquanto tenha sido beneficiário de bolsa de estudos integral, por força da Convenção Coletiva de Trabalho, o que lhe permitiu estudar do 1º ao 10º semestre do Curso de Direito, não logrou aprovação nas matérias indicadas, vindo, agora, pleitear a matrícula apenas nas matérias em regime de dependência, sendo certo que a apontada Convenção, expressamente dispôs (§ 8º do artigo 17):

"Os bolsistas que forem reprovados no período letivo perderão o direito à bolsa de estudo, em qualquer dos cursos oferecidos pela MANTENEDORA, voltando a gozar do benefício quando lograrem aprovação no referido período. As disciplinas cursadas em regime de dependência serão de total responsabilidade do bolsista, arcando o mesmo com o seu custo"

Nem se alegue que o diretor mantenedor atendeu a solicitação do impetrante de renovação de bolsa de estudos, eis que os documentos acostados aos autos demonstram apenas que o aluno apresentou "REQUERIMENTO DE REABERTURA DE MATRÍCULA INTEGRANTE DO INSTRUMENTO PARTICULAR DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS PARA O 2º SEMESTRE DE 2008 (CONTRATO DE ADESÃO)" e "INSTRUMENTO PARTICULAR DE CIÊNCIA E CONCORDÂNCIA E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIAIS DE DISCIPLINAS A SEREM CURSADAS NA FORMA DE DEPENDÊNCIA E/OU ADAPTAÇÃO" (f. 13/4), requerendo a matrícula nas 11 disciplinas indicadas, contendo a assinatura do impetrante e do diretor e a anotação manuscrita:

"bolsista integral". Ora, esta anotação não é suficiente para caracterizar uma renovação à bolsa de estudos, inclusive porque, do mencionado instrumento particular consta que "a matrícula somente será considerada efetivada pela CONTRATADA após o pagamento da parcela inicial pelo CONTRATANTE".

Diante do quadro fático e legal observado, cumpre considerar a validade da restrição à renovação de matrícula, à vista da falta de pagamento do compromisso financeiro assumido.

Ademais, relativamente ao mencionado percentual de oferta de bolsas de estudos a que estaria obrigada a instituição de ensino, por ser entidade sem fins lucrativos, cabe destacar que, na espécie, não se trata de destinação de concessão de bolsas de estudos, mas de recusa à renovação de matrícula, de matérias em regime de dependência, face à determinação, em Convenção Coletiva de Trabalho, afastando a bolsa de estudos em tal situação.

Sendo assim, não se sustenta a tese da impetração.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00052 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009898-58.2008.4.03.6104/SP

2008.61.04.009898-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

SUCEDIDO : Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA
APELANTE : Prefeitura Municipal de Santos SP
ADVOGADO : GILMAR VIEIRA DA COSTA e outro
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00098985820084036104 5 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de dupla apelação, em embargos à execução fiscal, ajuizada pelo Município de Santos, para a cobrança, junto à UNIÃO, de IPTU e Taxa de Remoção de Lixo.

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal, para "*decretar a nulidade parcial da Certidão da Dívida Ativa inscrita sob o nº 16.074/2001, apenas no que se refere a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU*", fixada a sucumbência recíproca.

Apelou o Município, alegando, em suma, que "*a imunidade do poder concedente (no caso a União) é privativa daquela pessoa política, não se estendendo, por qualquer forma, às sociedades de economia mista e empresas públicas, que, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não gozam de quaisquer privilégios não extensivos a essa, a teor do artigo 173, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal*".

Por sua vez, apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma: (1) a inconstitucionalidade das taxas que deram origem ao débito exequendo, sendo que o que as macula é a falta de divisibilidade dos serviços prestados, o que afasta a possibilidade de instituição de uma taxa remuneratória pela sua prestação; (2) as taxas que originaram o débito exequendo ofendem os artigos 145, II, da CF e 77 e seguintes do CTN, pois a cobrança se vale de cálculo próprio do imposto predial; e (3) "*que os bens a que se refere a Certidão de Dívida Ativa que instrui a petição inicial da execução embargada não possuem valor venal e integram um todo indivisível, com natureza de bens públicos, não podendo, dessa forma, servir de base para a tributação realizada pela exequente quanto a cobrança de taxa de remoção de lixo*". Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da improcedência das alegações deduzidas, conforme demonstrado nos tópicos de análise em seqüência.

(1) A alegação de imunidade recíproca

Quanto à obrigatoriedade, ou não, do IPTU cobrado pela Municipalidade, estabelece o artigo 2º da Lei nº 11.483/07, *verbis*:

"Art. 2º A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do caput do art. 17 desta Lei; e

II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto nos incisos I e IV do caput do art. 8º desta Lei.

Parágrafo único. Os advogados ou escritórios de advocacia que representavam judicialmente a extinta RFFSA deverão, imediatamente, sob pena de responsabilização pessoal pelos eventuais prejuízos que a União sofrer, em relação às ações a que se refere o inciso I do caput deste artigo:

I - petição em juízo, comunicando a extinção da RFFSA e requerendo que todas as citações e intimações passem a ser dirigidas à Advocacia-Geral da União; e

II - repassar às unidades da Advocacia-Geral da União as respectivas informações e documentos."

Assim, os bens imóveis da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA foram legalmente transferidos para a União, devendo em face da mesma, por conta da natureza do tributo, ser verificada a respectiva exigibilidade, ainda que de período e relativo a fatos geradores anteriores, conforme dispõe o artigo 130 do CTN:

"Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação."

Como se observa, a cobrança do IPTU deve ser promovida em face de quem adquiriu os imóveis, ainda que em data posterior aos respectivos fatos geradores. Todavia, no caso concreto, vinculada a cobrança do tributo ao sujeito passivo, identificado pela transmissão legal do bem, o que se tem, na espécie, a favorecer a pretensão da executada, é a cristalina regra de imunidade do artigo 150, VI, "a", da CF:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;"

A propósito de tal imunidade, assim decidiu a Turma, em execução fiscal promovida pela Municipalidade de Sorocaba: - AC nº 2007.61.10.012074-6, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 17.11.09, p. 453: "**DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LANÇAMENTO. FEPASA. ERRO FORMAL. CDA. NOTIFICAÇÃO. REMESSA DOS CARNÊS. IMUNIDADE. RFFSA. 1. Afastada a alegação de nulidade da CDA por erro na identificação do sujeito passivo, pois a União, que sucedeu a RFFSA, que, por sua vez, incorporou a FEPASA, não teve prejudicada sua defesa e, por outro lado, sendo erro meramente formal, não comprometeu a CDA. 2. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, em se tratando de IPTU, a remessa do carnê de pagamento ao contribuinte basta para aperfeiçoar a notificação do lançamento tributário, sendo ônus do contribuinte a prova de que não se consolidou a constituição do crédito tributário. Não cabe, pois, presumir inexistente ou irregular a constituição do crédito tributário, bem como a notificação do lançamento, dada a manifesta falta de prova contra o título executivo que, como tal, municipal ou federal, goza de presunção de liquidez e certeza. 3. Os bens imóveis da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA foram legalmente transferidos para a União (artigo 2º da Lei nº 11.483/07), devendo em face da mesma, por conta da natureza do tributo, ser verificada a respectiva exigibilidade, ainda que de período e relativo a fatos geradores anteriores, conforme dispõe o artigo 130 do CTN. 4. Assim procedendo, o que se verifica é que a tributação não pode prevalecer, vez que aplicável, na espécie, a regra de imunidade do artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal. A alegação de que se trataria de imóvel dissociado do patrimônio público para fins de imunidades, na medida em que destinado à exploração de atividades econômicas e de que deve existir isonomia entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, não tem respaldo probatório, pois a utilidade anterior não vincula, necessariamente, a utilidade atual do bem, nem é legítimo presumir-se que o bem público não esteja afetado a uma utilidade pública e que, ao contrário, esteja sob utilização meramente econômica em regime de mercado. 5. Não existe ofensa ao princípio da isonomia na aplicação da regra de imunidade recíproca que, enquanto garantia constitucional, atende à necessidade de preservação do patrimônio público contra a cobrança de impostos por outros entes políticos. 6. Precedentes."**

- AC nº 2007.61.10.012098-9, Rel. Juiz Fed. Conv. ROBERTO JEUKEN, DJU de 07.04.09, p. 485: "**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RFFSA. IPTU. UNIÃO. SUCESSORA. IMUNIDADE CONSTITUCIONAL. CTN: ART. 130. 1. Cobrança de IPTU pelo Município de Sorocaba, São Paulo que se operou em face da Rede Ferroviária Federal S/A, extinta em 22 de janeiro de 2007, por força da Medida Provisória nº 353/2007, convertida na Lei nº 11.483/07, e sucedida pela União. 2. Bens transferidos à União que gozam da imunidade constitucional, nos termos do disposto no art. 150, inciso VI, a, incidindo a regra do art. 130, do Código Tributário Nacional sendo incabível a cobrança de IPTU sobre eles. 3. Apelo da União provido, invertida a honorária."**

A alegação de que se trataria de imóvel dissociado do patrimônio público para fins de imunidade, na medida em que destinado à exploração de atividades econômicas e de que deve existir isonomia entre pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, não tem respaldo probatório, pois a utilidade anterior não vincula, necessariamente, a utilidade atual do bem, nem é legítimo presumir-se que o bem público não esteja afetado a uma utilidade pública e que, ao contrário, esteja sob utilização meramente econômica em regime de mercado.

Não existe ofensa ao princípio da isonomia na aplicação da regra de imunidade recíproca que, enquanto garantia constitucional, atende à necessidade de preservação do patrimônio público contra a cobrança de impostos por outros entes políticos.

Finalmente, quanto à cobrança da Taxa de Remoção de Lixo, não se pode invocar a imunidade recíproca que, por expressão literal da norma (artigo 150, VI, a, CF), tem aplicabilidade apenas na hipótese de impostos, sendo devida, portanto, a sua cobrança.

(2) A constitucionalidade da Taxa de Remoção de Lixo

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, sob todos os enfoques da presente causa, firme no sentido da constitucionalidade e legalidade dos preceitos impositivos da cobrança da Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar, em circunstâncias e condições semelhantes à presente, conformem revelam os seguintes acórdãos:

- RE-AgR-ED 597.563, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 19.02.2010: "**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR. OMISSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. O acórdão embargado reconheceu que os imóveis integrantes do acervo patrimonial do Porto de Santos são imunes à incidência de IPTU. 2. É válida a cobrança da taxa de remoção de lixo pelo Município. Precedentes. Acolho os presentes embargos de declaração para dar parcial provimento ao recurso extraordinário. Determino a compensação dos ônus da sucumbência."**

- RE nº 232.393, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 05.04.2002, p. 55: "**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE COLETA DE LIXO: BASE DE CÁLCULO. IPTU. MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, S.P. I. - O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU - a metragem da área construída do imóvel - que**

é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomado em linha de conta na determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base impositiva da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base impositiva do tributo. Tem-se, com isto, também, forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º. II. - R.E. não conhecido."

- AgRg no AG 314.761, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 27.11.00, p. 147: "CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXAS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE LOGRADOUROS PÚBLICOS, DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR E DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DECISÃO DA MATÉRIA PELO COLENDO STF. 1. O Colendo STF, ao apreciar o RE nº 232393/SP, Rel. em. Min. Carlos Velloso, 12/08/99, por maioria, decidiu que é constitucional a taxa de coleta de lixo domiciliar instituída pelo Município de São Carlos - SP (Lei Municipal nº 10.253/89). Na ocasião, entendeu-se que o fato de a alíquota da referida taxa variar em função da metragem da área construída do imóvel - que constitui apenas um dos elementos que integram a base de cálculo do IPTU, - não implica identidade com a base de cálculo do IPTU, afastando-se a alegada ofensa ao art. 145, § 2º, da CF ("As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos."). 2. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada basilar-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional. 3. Agravo regimental provido, com a revogação da decisão de fls. 98/99. Agravo de instrumento desprovido."

- RESP nº 224787, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 01.07.2002, p. 279: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - TAXA DE LIXO E DE COMBATE A SINISTROS - LEIS MUNICIPAIS - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A não-observância ao prazo legal para o pronunciamento do Ministério Público, em atuação como custos legis, não constitui causa de nulidade do processo. 2. Na fixação da base de cálculo da taxa de lixo, pode ser adotada a metragem do imóvel, sem implicar em inconstitucionalidade, segundo entendimento do STF (RE 232.393/SP). 3. Recurso do MUNICÍPIO DE RIO CLARO não conhecido e improvido o recurso de MARIA APARECIDA CRUZ DE FARIA e OUTROS."

- AC nº 2004.61.04.001243-3, Rel. Juiz Fed. Conv. SILVA NETO, DJF3 de 07/07/2009: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MUNICÍPIO DE SANTOS X UNIÃO - RITO / PROCEDIMENTO CONVERTIDO / APROVEITADO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA O DOS PRECATÓRIOS (AUSENTE PENHORA) - MULTA POR ILICITUDE/LEGITIMIDADE: OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 18 E 30, INCISO III, DA CF - TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DEVIDA (PRECEDENTES E. STF) - COINCIDÊNCIA COM A BASE DE CÁLCULO DO IPTU: INOCORRÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS. 1. Deve se sujeitar a execução por quantia certa em face de devedor solvente, quando a Fazenda Pública em ambos os pólos, ao procedimento executivo mais específico, mais consentâneo com o perfil dos contendores: logo, entre a execução fiscal e o rito estampado nos arts. 730/731, do CPC, indiscutivelmente mais específico e adequado este último ao caso em tela, primordialmente em função da regra da indisponibilidade dos bens públicos. Nesse sentido, a súmula nº 58 do E. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, bem como os v. entendimentos firmados pela jurisprudência. Precedentes. 2. Já tendo se exaurido o arco instrutório, nenhuma perda a conversão de um procedimento em outro ocasiona: ao contrário, está-se a prestigiar o dogma do aproveitamento dos atos processuais e o da efetividade processual. Inocorrida penhora, consoante os autos. 3. Não se ressente a taxa de remoção de lixo do descumprimento nem ao requisito da especificidade, nem ao da indivisibilidade. 4. No âmbito dos requisitos para as taxas em geral, firmados através do inciso II do art. 145, CF, e do art. 77, CTN, avulta em destaque a divisibilidade de ditos serviços, de molde a permitir exigência da receita em pauta, pois exatamente esta calcada na contraprestatividade ou vinculação entre o quanto pague o contribuinte e seu beneficiamento direto, imediato. A natureza da atividade estatal envolvida se põe límpida, remoção de lixo. 5. A divisibilidade se coloca também clara, uma vez que a incidir quantitativamente perante aqueles que proprietários de imóveis limítrofes ao logradouro beneficiado por referidos serviços. 6. Pertinente e adequada, nesse sentido, a ponderação, amiúde praticada, segundo a qual cobrados estão sendo imóveis, da União, que contam com aqueles referidos serviços, sendo capital repisar-se tanto se tributa, a título de taxa, pelo serviço efetivamente prestado, quanto pelo colocado ao dispor do contribuinte. 7. Nenhuma ilegitimidade na cobrança da taxa de remoção de lixo, pois atendido o figurino da hipótese de incidência pertinente, tal qual gizado pela própria Constituição e pelo CTN, antes enfocados. Precedentes. 8. Também inócuo a amiúde sustentada coincidência de base de cálculo entre dita taxa e o IPTU: sem óbice substancial pela parte contribuinte, a base daquela se põe sobre o custo da atividade aqui suportada pelo Poder Público, ao passo que dito imposto recai sobre o valor venal da coisa. A tanto também se depreende por meio da CDA, sobre a qual não logra a parte contribuinte demonstrar o contrário. 9. Já a cobrança conjugada em mesmo carnê, por sua vez, é uma mera técnica arrecadatória simplificadora, autorizada até pela Lei Maior, parágrafo único do art. 149-A e art. 10, § 2º, do ADCT, "i. e." 10. Imperativa a necessidade de sujeição dos estabelecimentos em geral ao cumprimento das posturas e da legislação municipal, voltadas para o bem maior, o bem-estar social. 11. Inadmissível indene a União ao poder de polícia local, ao qual também, portanto, curva-se para atendimento aos seus requisitos de lei, aqui se destacando, em exemplo, o inciso II do art. 23, CF, impondo ao Município competência atinente ao tema da Saúde Pública. 12. Cabal a sujeição da União à incidência da norma tributante da taxa em questão. 13. Ante a devolutividade do apelo, de rigor a análise de outros pontos rebatidos, ainda que não conhecidos, consoante art. 512, 515, "caput" e § 3º e 516, todos do CPC. Desce-se à análise da alegada ilegitimidade da cobrança da multa moratória, apresentada em sede de embargos. 14. Não merece prosperar a amiúde afirmação segundo a qual não possui o Município poder

para impor penalidade à União, haja vista que, segundo o princípio federativo, previsto no art. 18, caput da Carta Magna, todos os entes federados possuem autonomia. 15. Indiscutível tem cada um dos entes integrantes da Federação a possibilidade (e não o dever, inafastável) de criar os tributos sob sua competência e, conseqüentemente, de cobrá-los, juntamente com os acessórios eventualmente devidos, face à existência de autorização constitucional ao exercício do Poder de Tributar. 16. De acordo com o art. 30, inciso III, da CF, compete aos Municípios a instituição de seus tributos e, como consequência, caso o contribuinte não proceda ao recolhimento da exação devida, nasce a relação punitiva, apta a ensejar a cobrança da multa. 17. Embora configurando a relação punitiva vínculo autônomo, porém que brota da incursão por ato ilícito, como se dá com o não-pagamento do tributo, a queixa contribuinte sobre sujeição à referida multa não merece guarida, vez que não protegida a União de sua cobrança. 18. Reflete a multa moratória em cobrança, no presente caso, acessório sancionatório, em direta consonância com o inciso V, do art. 97, CTN, assim em cabal obediência ao dogma da estrita legalidade tributária. 19. A prosseguir exigência sobre a taxa de remoção de lixo e a multa moratória, de inteiro acerto a r. sentença. 20. Refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como, art. 18; 100; 145, § 2º e 150, inciso VI, "a", da CF, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF). 21. Improvimento ao apelo."

Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com a respectiva verba honorária, nos termos do artigo 21, caput, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento às apelações.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00053 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007275-77.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.007275-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : LIDA AGRICOLA E PECUARIA LTDA
ADVOGADO : RODRIGO MAITO DA SILVEIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00072757720014036100 1 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em ação proposta com o objetivo de que se reconheça a validade da compensação de créditos tributários, objeto dos processos administrativos nºs 13826.000.242/97-74 e 13826.000.225/97-55.

Alegou a autora, em suma, que: **(1)** o indeferimento do pedido de compensação teve amparo na tese da prescrição quinquenal; e **(2)** tal fundamento não deve prevalecer, na medida em que "*o fisco, na hipótese de tributo pago e dependente de homologação, tem o prazo de cinco anos para apurar o imposto pago e, caso alguma discrepância se verifique, realizar a inscrição na dívida ativa (lançamento), constituindo o crédito tributário; deste ponto em diante o fisco gozará de mais cinco anos para proceder a cobrança judicial do crédito ora constituído, sob pena de incorrer em prescrição, nos termos dos artigos 150, §§ 1º e 4º, e 174, 'caput', do CTN*".

A r. sentença julgou procedente o pedido, tendo sido fixada a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelou a FAZENDA NACIONAL, alegando, em suma, que a prescrição é quinquenal.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o exame dos autos revela: **(a)** em relação ao processo nº 13826.000.242/97-74, o pedido de restituição, protocolado em **19/11/1997**, corresponde aos recolhimentos realizados no período de outubro/1989 a junho/1991 (f. 28/33); e **(b)** em relação ao processo nº 13826.000.225/97-55, o pedido de restituição, protocolado em **29/10/1997**, corresponde aos recolhimentos realizados no período de julho/1991 a março/1992 (f. 34/9), o que revela o decurso de prazo superior ao quinquênio, tal como considerado e computado pela jurisprudência da Turma.

Na espécie, de fato, consumou-se o prazo extintivo do artigo 168 do CTN, segundo o qual a restituição, conforme a jurisprudência desta Corte e Turma, somente abrange os recolhimentos dentro do prazo de **cinco anos retroativos** à data da propositura da ação (AMS nº 2005.61.06.003908-4, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 de 05/05/09, p.

52; AMS nº 2004.61.00.029293-5, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 10/03/09, p. 127; EI nº 1999.61.00.032154-8, Rel. Des. Fed. NERY JÚNIOR, DJF3 de 21/11/08; Rel. Des. Fed. ROBERTO HADDAD, DJF3 de 26/02/09, p. 191; APELREE nº 2002.61.00.020684-0, Rel. Des. Fed. ALDA BASTO, DJF3 de 26/05/09, p. 679; APELREE nº 2005.61.00.018259-9, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJF3 de 22/06/09, p. 1393; e AC nº 2001.03.99.050843-4, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, DJU de 11/03/05, p. 352).

Em consequência da integral sucumbência da parte autora, cumpre condená-la no pagamento das custas e da verba honorária, que se fixa em 10% sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com os critérios do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, e com a jurisprudência uniforme da Turma.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00054 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0047982-30.2004.4.03.6182/SP
2004.61.82.047982-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : APROP COML/ E TECNICA LTDA
ADVOGADO : MARIA MADALENA ANTUNES GONCALVES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00479823020044036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, sem condenação em verba honorária, mantido o encargo do Decreto-lei nº 1.025/69, nos termos da Súmula 168/TFR.

Apelou a embargante, alegando, em suma, a nulidade da execução, por ausência de lançamento, na forma do artigo 142 do CTN, vez que não foi instaurado processo administrativo para apuração do débito principal e, inclusive, dos juros e multa de mora, havendo afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF).

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da improcedência das alegações deduzidas pela embargante, conforme demonstrado nos tópicos de análise em sequência.

Os requisitos formais do título executivo (artigo 202, CTN) e a regularidade da execução proposta

Tem reiteradamente decidido a Turma, diante de CDA, tal qual a que instruiu a execução fiscal embargada, que não procede a alegação de nulidade, em detrimento da presunção de sua liquidez e certeza, uma vez que nele constam os elementos exigidos legalmente para a identificação do crédito executado (qualificação do sujeito passivo, origem e natureza do crédito, competência - período base, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, *quantum debeatur*, termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, etc.), sendo integralmente válida e eficaz a CDA, em face do artigo 202 do CTN e artigo 2º e §§ da LEF, para efeito de viabilizar a execução intentada. Em suma, o título executivo, no caso concreto, especifica desde a origem até os critérios de consolidação do valor do crédito tributário executado, não se podendo, neste contexto, invocar qualquer omissão ou obscuridade, mesmo porque é certo, na espécie, que o contribuinte não enfrentou dificuldade na compreensão do teor da execução, tanto que opôs os embargos com ampla discussão visando à desconstituição do título executivo, não se podendo cogitar de violação ao princípio da ampla defesa, nem de iliquidez, incerteza, nulidade, falta de interesse processual ou impossibilidade jurídica do pedido.

Diante de título executivo com idênticas características, tem decidido, reiteradamente, a Turma que:

- AC nº 2008.03.99.026301-8, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 14/10/2008: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO. 1. A certidão de dívida ativa contém todos requisitos formais exigidos pela legislação, estando apta a fornecer as informações necessárias à defesa do executado que, concretamente, foi exercida com ampla discussão da matéria versada na execução.(...)"

-AC nº 2002.61.82.045883-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 25/11/2008: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA AFASTADA. ACRÉSCIMOS DECORRENTES DA MORA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. 1. A dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da

presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Necessária, para ilidi-la, prova em contrário, concretamente demonstrável. 2. A Certidão da Dívida Ativa permitiu verificar a presença de todos os requisitos necessários para tornar o título certo, líquido e exigível, contendo todos os elementos necessários à identificação do débito e apresentação da respectiva defesa. 3. A Lei nº 6.830/80, que trata das execuções de créditos da Fazenda Nacional, não prevê a exigência de apresentação de demonstrativo pormenorizado do débito, sendo suficiente que a certidão de dívida ativa indique expressamente as disposições legais aplicáveis, nos termos do disposto no art. 2º, § 5º, da norma em referência, bem como no art. 202, II, do CTN. (...)"

Nem se alegue que a CDA seria nula por conter parcelas relativas à multa e aos juros de mora, uma vez que se trata de elementos que compõem a própria dívida ativa, como disposto no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

"Art. 2º.(...)

§ 2º. A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e não-tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato."

Ademais, em se tratando de acréscimos cujos índices são aplicados *ex lege*, desnecessária a instauração de processo administrativo para a apuração e lançamento da multa e dos juros de mora, na hipótese de tributo declarado pelo próprio contribuinte. A propósito:

- AC nº 2004.71.11.004864-5, Rel. Juíza Convocada TAÍS SCHILLING FERRAZ, D.E. 09/10/2007:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL INADIMPLEMENTO DE DÉBITO CONFESSADO. IMPUTAÇÃO DE PAGAMENTO. MULTA. CONFISCO. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. SELIC. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO POR CRITÉRIO EQÜITATIVO. 1. Ao tratar da imputação dos pagamentos vertidos ao REFIS, quando o contribuinte suspende o pagamento das parcelas, o que a Lei 9.964/2000 (art. 11) estabeleceu foi que, havendo débitos relacionados à tributos e contribuições de diferentes naturezas (ex. IRPJ, CSLL, contribuições previdenciárias, etc), a imputação terá que ser proporcional. Não disse a lei que, em havendo mais de um débito de tributo da mesma natureza, ter-se-ia que fazer a imputação proporcional. Esta situação não foi disciplinada pela lei do REFIS, razão pela qual, busca-se a regra geral, estabelecida no art. 163 do CTN e nas próprias Instruções Normativas, para definir a forma de imputação, o que resulta em priorizar os débitos de maior valor e os mais antigos. 2. O inadimplemento de débito confessado pelo contribuinte, permite sua imediata inscrição, estando a autoridade fiscal dispensada de instauração de procedimento administrativo prévio. A multa moratória sobre os valores do débito incide ex lege, desnecessário o lançamento quando o crédito tributário foi declarado pelo contribuinte. 3. A majoração do percentual da multa em decorrência da necessidade do ajuizamento da execução, decorre de expressa disposição legal, que fundamentou a CDA. 4. É, em tese, possível a redução do percentual da multa por infração à legislação tributária na via judicial, quando fica caracterizada a desproporção do seu valor, frente à infração que lhe deu origem. 5. Caso em que o percentual aplicado a título de multa (40%) não caracteriza confisco nem ofensa ao princípio da capacidade contributiva, sendo, antes, adequado ao caráter preventivo e repressivo da penalidade. 6. Os juros de mora compensam o credor pela falta de disponibilidade dos recursos a que faz jus pelo período correspondente ao atraso (art. 161 do CTN), tendo função diversa da exercida pela multa de mora, destinada a censurar o atraso. 7. Sobre os débitos tributários em atraso, incidem juros de mora e atualização monetária à taxa SELIC. Precedentes do STJ e desta Corte. 8. Verba honorária majorada para 10% sobre o valor da causa, para adequação aos critérios da natureza e complexidade da demanda, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço."

A alegação de cerceamento de defesa no lançamento

Não prospera a tese de cerceamento de defesa, quando do lançamento, considerando que houve constituição compatível e válida diante da natureza do tributo cogitado.

Com efeito, na hipótese foi regularmente constituído o crédito tributário, pois houve a confissão da dívida (TCE), pré-requisito para parcelamento fiscal, com a apuração e liquidação do valor respectivo, cujo indeferimento ou inadimplência gerou para o Fisco o direito à imediata execução, independentemente de qualquer outra formalidade. A propósito o seguinte acórdão da 3ª Turma desta Corte, de minha lavra (AC nº 2000.03.99.053991-8, DJU de 13.12.00, p. 180):

"Ementa - PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TERMOS DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E PARCELAMENTO. DISPENSA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA MORATÓRIA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA. (...) 2. Tratando-se de crédito tributário oriundo de termo de confissão espontânea, com parcelamento descumprido, não se exige processo administrativo para a constituição do saldo devido do crédito tributário, para o ajuizamento da execução respectiva e tampouco para a instrução dos embargos do devedor (...)"

No mesmo sentido, pode ser citado o precedente firmado no julgamento da AC nº 94.04.18250-8/PR (DJU de 10.07.96, p. 47202), pelo Tribunal Federal da 4ª Região, conforme revela o acórdão assim ementado:

"EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONFISSÃO E PARCELAMENTO. 1. As certidões de dívida ativa gozam dos atributos de liquidez e certeza, que somente são ilidíveis por prova em contrário, cujo ônus é do embargante. 2. O TERMO de CONFISSÃO e PARCELAMENTO da dívida configura o LANÇAMENTO definitivo, pois nele se reúne todos os elementos a que alude o art. 147 do CTN. 3. Apelação cível improvida."

Na espécie, consta da CDA (f. 24/6) que o crédito (PIS - período de 01 a 04/2001) foi constituído através de termo de confissão espontânea (TCE), com notificação pessoal em 17/07/2001, visando a parcelamento, que restou indeferido ou inadimplido, pois as informações de f. 61/2 demonstram a ocorrência de apenas um único pagamento, assim revelando que foi observado o devido processo legal, tanto no tocante à constituição, como agora na sua execução.

Ademais, ainda que não houvesse a constituição por termo de confissão, a própria apelante admitiu que o tributo foi declarado em DCTF, encontrando-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a entrega da DCTF constitui definitivamente o crédito tributário, revelando-se, de uma forma ou de outra, sem fundamento a alegação de ausência de constituição regular.

Neste sentido, entre tantos outros, o seguinte precedente:

- RESP 820.626, Rel. Ministro MAURO CAMPBEL, DJE 16.09.2008: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. (...)"

Assim sendo, não cabe cogitar de irregularidade na constituição do crédito tributário, seja porque declarado ou confessado pelo próprio contribuinte que, estando inadimplente com a respectiva obrigação de pagamento, fica automaticamente sujeito à cobrança executiva, a partir dos próprios valores lançados.

Em suma, a execução, tal como no caso concreto proposta, não prescindiu da prévia e regular constituição do crédito tributário, estando, pelos fundamentos deduzidos, ausente a nulidade invocada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00055 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012134-58.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.012134-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : KURUMIN ADMINISTRACAO PARTICIPACAO E ASSESSORIA LTDA
ADVOGADO : FELIPE SIMONETTO APOLLONIO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00121345820094036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em ação cautelar proposta para garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal (CND ou CPEN), mediante oferecimento de imóveis como caução dos débitos, que "*sequer foram inscritos em dívida ativa*", o que impossibilita o contribuinte de oferecer bens à penhora para garantia da dívida, o que lhe asseguraria "*o direito à obtenção da certidão positiva com os mesmos efeitos da negativa*".

A r. sentença julgou extinto o feito, sem resolução do mérito (art. 808, inciso I, do CPC), com fundamento em que "*até a presente data não foi proposta a ação ordinária competente*", condenando a parte autora no pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Foram opostos e rejeitados os embargos de declaração da parte autora (f. 169).

Apelou o contribuinte, pela reforma da sentença, sustentando que "*a ação cautelar intentada possui cunho satisfativo a qual visa apenas e tão somente a concessão de certidão positiva com efeitos de negativa, mediante a garantia dos débitos existentes em face da Autora*"; que a execução fiscal deve ser oferecida pela requerida; e que somente deverá ser proposta ação principal quando a ação cautelar for preparatória, "*o que não é o caso da presente*".

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, no sentido de que a ação cautelar ajuizada não para desconstituição do débito, mas apenas para oferecimento de garantia, a fim de possibilitar a emissão de certidão de regularidade fiscal, nos termos do artigo 206 do CTN, tem caráter de ação autônoma, não exigindo, pois, a propositura de ação principal.

A propósito, entre outros, os seguintes precedentes:

- *CC n° 2008.03.00.046600-9, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJ de 02.04.09, p. 89: "PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR PARA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO DE FUTURA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA SATISFATIVA. COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL NÃO ESPECIALIZADA. I - Conflito negativo de competência suscitado em face de ação cautelar, objetivando garantir ação de execução fiscal, para o fim de viabilizar a expedição de certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa. Dissentimento circunscrito à fixação de competência em face do critério de especialidade da matéria da ação futura. II - A medida cautelar não tem caráter instrumental, não reclama propositura de ação futura para manutenção de seus efeitos, seja de execução fiscal ou qualquer outra, pois em si mesma esgota a tutela jurisdicional, mediante a prestação da garantia e a expedição da certidão de débito. Natureza satisfativa. Afastada a aplicação dos arts. 108, 109 e 800, do Código de Processo Civil. III - As medidas cautelares para prestação de caução são comumente ajuizadas perante a Justiça Federal Cível e a especificidade das tutelas nelas pretendidas não enseja risco de conflito de decisões em face de ajuizamento de ação de execução fiscal para cobrança da dívida que objetiva garantir, sendo suficiente a comunicação entre os Juízos acerca da existência das ações e das decisões nelas proferidas, na forma no inciso IV, do Provimento n. 56, de 04 de abril de 1991, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região. IV - O deslocamento da competência, na hipótese, se admitido, desprezaria a sua repartição no âmbito da 3ª Região, a qual conta com estrutura institucional criada e destinada, exclusivamente, o processamento dos executivos fiscais. A medida descaracterizaria a atuação jurisdicional dos Juízos Conflitantes, pois viabilizaria ao Juízo da Execução Fiscal processar ações cíveis e vice-versa. V - Competência do Juízo Federal da 5ª Vara Cível de São Paulo para processar e julgar a ação cautelar de prestação de caução. VI - Conflito de competência procedente."*

- *APELREEX n° 2005.71.00.008958-0, Rel. Des. Fed. MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, D.E. de 24.11.09: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO REAL. OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. AUSÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE FUTURA PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. Não importa o nome jurídico dado pelo autor à ação, sendo a causa de pedir e o pedido os aspectos que definem a natureza jurídica da ação. 2. A ação cautelar que objetiva a antecipação dos efeitos da penhora a ser realizada em processo executivo fiscal ainda não ajuizado consiste em "caução cautelar principal", que dispensa, embora não impeça, a propositura de posterior ação principal. 3. A caução real não suspende a exigibilidade do crédito tributário por não estar prevista nas hipóteses do art. 151 do CTN. Contudo, é possível ao devedor, em autos de ação cautelar, oferecer caução real antes do ajuizamento do executivo fiscal, antecipando, assim, os efeitos da penhora, com o fim de obter certidão positiva com efeitos de negativa. 4. Embora inexista o direito subjetivo do contribuinte a ser executado, não pode o Estado se utilizar da mencionada certidão como meio a compelir os devedores ao pagamento, ou seja, como uma instrumento de cobrança dos créditos tributários por via oblíqua. A negativa da CPD-EN, quando garantida de forma satisfatória a dívida, com o intuito de compelir o contribuinte ao pagamento do tributo, constitui verdadeira sanção política, já rechaçada pelo STF em diversas ocasiões."*

- *AC n° 2004.71.15.003245-4, Rel. Des. Fed. WELLINGTON MENDES DE ALMEIDA, DJ de 06.07.05, p. 449: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO. EFEITO DE PENHORA. CERTIFICADO DE REGULARIDADE FISCAL. ART. 206 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 806 E 808, I, DO CPC. INAPLICABILIDADE. 1. Apresenta-se assente, na jurisprudência, o cabimento da extração de certificado de regularidade fiscal, nos termos do art. 206 do CTN, à vista do oferecimento de bens em caução em sede de ação cautelar - sem cogitar-se da suspensão da exigibilidade do crédito tributário - , evitando desarrazoado prejuízo ao contribuinte em decorrência da delonga no ajuizamento da execução fiscal e acautelando, da mesma forma, o direito creditício da Fazenda Pública. 2. "Em se tratando de postulação para prestação de caução com o objetivo de antecipar os efeitos de futura penhora, a medida, conquanto rotulada de cautelar pela parte, e assim em princípio designada pela legislação processual, apresenta inegável caráter satisfativo. Exaure-se a prestação jurisdicional com a efetivação de caução." (CC n° 2004.04.01.012675-7/PR, Primeira Seção, Rel. Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU, ed. 14-07-2004). Mercê do seu caráter satisfativo, que estampa sua autonomia, não há falar em cessação da eficácia da medida por não ter sido proposta a ação principal dentro do prazo previsto no art. 806 do CPC (art. 808, I, do CPC), eis que inexistente referibilidade a outro processo. 3. Apelação e remessa oficial, considerada interposta, improvidas."*

- *AC n° 2001.72.00.003366-1, Rel. Des. Fed. WELLINGTON M. DE ALMEIDA, DJ de 07.05.03: "TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. MEDIDA CAUTELAR PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. EXECUÇÃO FISCAL NÃO AJUIZADA. CABIMENTO. ART. 515, § 3º, DO CPC. Inexistindo proibição expressa no ordenamento jurídico em relação à obtenção da medida pleiteada que, inobstante sua errônea denominação, tenha por objeto apresentar bens em garantia para que lhe seja concedida a Certidão Positiva com efeito de Negativa de Débito, não há que se indeferir a inicial em razão da*

impossibilidade jurídica do pedido. Assim, com fulcro nos art. 515, § 3º, do CPC, deve ser recebida a cautelar inominada como caução. Perfeitamente cabível o procedimento do devedor que, em face de crédito tributário contra si lançado, mas ainda não objeto de executivo fiscal em que se possa perfectibilizar a penhora, propõe ação cautelar que visa caucionar aquele crédito e, à semelhança dos efeitos que gerariam a penhora, permitir a concessão da certidão positiva com efeitos de negativa estampada no artigo 206, CTN."

Reformada, pois, a sentença, no que decretou a extinção do processo, sem resolução do mérito, passo ao exame da causa, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

No mérito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da possibilidade de "antecipação de penhora", pelo contribuinte, quanto a débitos a serem objeto de execução fiscal, para o fim específico de garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal.

A propósito, entre outros, os seguintes precedentes:

- AgRg no REsp nº 642.248, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 25.03.09: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO REAL PARA FINS DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. ART. 206 DO CTN. 1. É cediço que a caução real não suspende a exigibilidade do crédito tributário por não estar prevista nas hipóteses do art. 151 do CTN. Contudo, é possível ao devedor, em autos de ação cautelar, oferecer caução real antes do ajuizamento do executivo fiscal, antecipando, assim, os efeitos da penhora, com o fim de obter certidão positiva com efeitos de negativa nos termos do art. 206 do CTN. 2. Estando o acórdão recorrido em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, corretamente foi aplicado o Enunciado nº 83 da Súmula desta Corte. 3. Agravo regimental não-provido."

- ERESP nº 779.121, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU de 07.05.07: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO. ART. 206 DO CTN. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. 1. É lícito ao contribuinte oferecer, antes do ajuizamento da execução fiscal, caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes. 2. Entendimento diverso do perfilhado pelo Tribunal de origem levaria à distorção inaceitável: o contribuinte que contra si já tivesse ajuizada execução fiscal, garantida por penhora, teria direito à certidão positiva com efeitos de negativa; já quanto àquele que, embora igualmente solvente, o Fisco ainda não houvesse proposto a execução, o direito à indigitada certidão seria negado. 3. Embargos de divergência providos."

- ERESP nº 815.629, Rel. p/ acórdão Min. ELIANA CALMON, DJU de 06.11.2006: "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - GARANTIA REAL - DÉBITO VENCIDO MAS NÃO EXECUTADO - PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA (ART. 206 DO CTN). 1. É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN). 2. O depósito pode ser obtido por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução. 3. Depósito que não suspende a exigibilidade do crédito. 4. Embargos de divergência conhecido mas improvido."

- REsp nº 363.518, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 15.04.02, p. 175: "TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO REAL CAUTELAR. Ofertada caução real no processo cautelar é de se conceder certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN. Recurso improvido."

- ERESP nº 710.421, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 06.08.07, p. 452: "TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. CAUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. VIABILIDADE. 1. É lícito ao contribuinte, antes do ajuizamento da execução fiscal, oferecer caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes. 2. Embargos de divergência não providos"

- AgRg no REsp nº 813.156, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 18.06.08: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO REAL PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar os EREsp 815.629/RS (Rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, DJ de 6.11.2006, p. 299), firmou orientação no sentido de que "é possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN)". 2. Agravo regimental desprovido."

A jurisprudência, especialmente quanto à emissão de certidão de regularidade fiscal com o oferecimento de imóvel como garantia, se manifestou no sentido de sua possibilidade, *in verbis*:

- AgRg no REsp nº 931.511, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03.09.07: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE DÉBITO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. GARANTIA DO JUÍZO. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO DE IMÓVEL. POSSIBILIDADE. DECISÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial. 2. O acórdão a quo garantiu o direito da parte recorrida à obtenção

*de Certidão Positiva de Débito, tendo em vista o oferecimento de caução em medida cautelar . 3. Entendimento deste Relator no sentido de que: - com relação à possibilidade de se garantir o crédito por meio da ação cautelar , não visualizava óbice para tanto, visto que, pela necessidade premente da obtenção da CND, a via escolhida é de toda adequada, encontrando respaldo no ordenamento jurídico e na jurisprudência desta Corte (REsp n°s 686075/PR, 536037/PR, 424166/MG e 99653/SP). Dessa forma, sobre a garantia do juízo, seguia a posição no sentido da possibilidade de se oferecer caução em bens a fim de permitir a emissão de certidão positiva de débito tributário com efeito de negativa; - porém, tendo em vista pronunciamentos da egrégia 1ª Turma do STJ em sentido contrário, revii minha posição, a fim de externar que somente em dinheiro seria possível a caução pretendida. 4. No entanto, há que se levar em conta que o tema em discussão já foi novamente modificado pela egrégia 1ª Seção, desta feita corroborando o entendimento inicial deste Relator. Decidiu-se que "é possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN). O depósito pode ser obtido por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução. Depósito que não suspende a exigibilidade do crédito" (EResp n° 815629/RS, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 06/11/2006). 5. Na mesma linha: REsp n° 545533/RS, 1ª S., Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 09/04/2007; REsp n° 823478/MG, 1ª S., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05/03/2007; REsp n° 897169/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 10/05/2007; REsp n° 883459/RS, 1ª T., deste Relator, DJ de 07/05/2007; REsp n° 894483/RS, 1ª Turma, desta relatoria, DJ de 19/04/2007; REsp n° 885075/PR, 2ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 09/04/2007; REsp n° 867447/MG, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 08/03/2007; REsp n° 881804/RS, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 02/03/2007, entre outros. 6. Tendo em vista a nova posição assumida pela egrégia 1ª Seção desta Corte, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país, retorno à minha posição original, sendo esse o entendimento que passo a seguir. 7. Agravo regimental provido. Na seqüência, recurso especial não-provido." - AG n° 2004.03.00.073104-6, Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO, DJF3 de 19.08.08: "**CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DÉBITO INSCRITO. EXECUÇÃO FISCAL NÃO AJUIZADA. SUSPENSÃO EXIGIBILIDADE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. CAUÇÃO DE IMÓVEL. I - O direito à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa está previsto no artigo 206 , do CTN, pressupondo a suspensão da exigibilidade do crédito, seja pela penhora nos autos da própria execução, seja pela presença de qualquer das causas de suspensão previstas no artigo 151, do mesmo diploma legal. III - Nas hipóteses em que há crédito constituído e ausente o pressuposto da penhora, à falta de ajuizamento da respectiva execução, a caução de imóvel por via de ação cautelar preparatória de anulatória de débito fiscal, em valor suficiente a garantir a pendência fiscal, possibilita a emissão da certidão positiva de débitos com efeitos de negativa. III - Agravo provido."***

Note-se que a "antecipação de penhora" para garantir a emissão da certidão de regularidade fiscal tem respaldo em vetusta jurisprudência, firmada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos através da Súmula 38 que, embora se refira à penhora, evidencia a nítida possibilidade da antecipação se a execução fiscal não foi ainda ajuizada por inércia ou conveniência do Fisco, pois não pode ser o contribuinte penalizado, com a supressão do direito à certidão fiscal, se a garantia, que possui, não pode ser oferecida por falta de ajuizamento da execução fiscal, cuja propositura não lhe cabe, mas depende de iniciativa de outrem.

Decorre da jurisprudência consolidada, portanto, o entendimento de que a via cautelar é adequada para assegurar, mediante "antecipação de penhora", o direito à emissão, pelo Fisco, de certidão de regularidade fiscal, cabendo apenas discutir se, no caso concreto, a garantia oferecida tem aptidão para funcionar como antecipação de penhora, para fins do artigo 206 do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, consta dos autos que os imóveis ofertados, conforme certidão do Registro de Imóveis da Comarca de Itu (f. 64 e 66), pertencem à requerente, tendo sido avaliados em valor superior ao da execução a ser proposta. Foram feitas avaliações imobiliárias por duas empresas (f. 64/5 e 67/8), tendo sido apurado os seguintes valores comerciais: (1) Matrícula n° 059291 - R\$ 623.976,60 e R\$ 719.973,00 (f. 64/5); e (2) Matrícula n° 059293 - R\$ 720.077,20 e 685.797,00 (f. 67/8), estando, pois, satisfeita, de forma suficiente, a demonstração da titularidade e da suficiência da garantia, inclusive porque não consta qualquer restrição sobre o imóvel.

A suficiência porque, segundo demonstrado, os débitos apontados no SICALC, embora ainda não inscritos e executados, totalizam R\$929.951,08 (novecentos e vinte e nove mil, novecentos e cinquenta e um reais e oito centavos), estando assim discriminados: R\$ 91.043,18 (f. 48/52), R\$ 225.723,41 (f. 53/5), R\$ 285.192,25 (f. 56/8) e R\$ 327.992,24 (f. 59/61).

As alegações fazendárias, deduzidas em contestação, não impugnaram a suficiência ou adequação dos imóveis, efetuada a partir dos bens acima descritos.

Em suma, cabe reformar a sentença para garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal, especificamente quanto aos débitos mencionados nos autos, mediante termo nos autos da caução ofertada, em favor da FAZENDA NACIONAL, dos bens imóveis sob matrículas n°s 059291 e 059293 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Itu - SP.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença de extinção, sem resolução do mérito, e prosseguindo no julgamento, ex vi do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido, nos termos supracitados, condenando a requerida nas custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa, considerando os critérios de arbitramento do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00056 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024389-82.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.024389-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : CARLA CANTREVA e outros

: MIRIAM BATISTELLA CANTREVA

: ELCIO CANTREVA

ADVOGADO : PATRICIA MARIA DA SILVA OLIVEIRA e outro

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : OS MESMOS

No. ORIG. : 00243898220084036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de dupla apelação, contra sentença que, em execução de título judicial, julgou procedentes os embargos e decretou a prescrição (artigo 269, IV, do CPC), tendo sido condenados cada um dos três embargados ao pagamento de R\$ 100,00 a título de honorários advocatícios.

Apelaram os embargados, pelo regular prosseguimento da execução, alegando a inexistência de prescrição (1) pois, não houve inércia diante dos pedidos de certificação do trânsito em julgado para dar início à execução, e de desarquivamento do agravo de instrumento de despacho denegatório de recurso extraordinário, para extração de cópias necessárias; (2) o trânsito em julgado ocorreu em 05.04.00, mas somente em 29.08.03 foi publicado o desarquivamento do agravo; (3) houve morosidade da Justiça; e (4) não há causa extintiva da ação diante do afastamento da prescrição pela citação.

Por sua vez, apelou a embargante para a majoração da verba honorária, nos termos do artigo 20, §4º, do CPC, com sua fixação entre 10 e 20% sobre o valor da causa.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a prescrição - que pode, inclusive, ser decretada de ofício (artigo 219, § 5º, CPC) - para a execução de título judicial sujeita-se ao mesmo prazo previsto para a ação cognitiva, nos termos da Súmula 150/STF ("Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação"), sendo que, no caso específico da Fazenda Pública, aplica-se o interregno legal de cinco anos (Decreto nº 20.910/32), sendo este o prazo consagrado, inclusive para a fase cognitiva, por este Tribunal, em detrimento da tese decenal (cinco mais cinco) e, com maior razão, da vintenária.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos:

- RESP nº 1.072.882, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 12.12.08: "PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.280/2006. SENTENÇA ANTERIOR E ACÓRDÃO POSTERIOR. PRAZO QUINQUÊNAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. Inexiste a alegada negativa de jurisdição se o Colegiado de origem apreciou a controvérsia de modo integral, sólido e adequado, apenas não adotando a tese que a recorrente pretendia ver prevalente. 2. Sendo a sentença anterior e o acórdão proferido em embargos de declaração posterior à Lei 11.280/06, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, é viável o conhecimento, de ofício, da prescrição de direito patrimonial. Precedentes. 3. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, consoante a dicção da Súmula 150/STF. 4. "Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação" (Resp 543.559/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.02.05). 5. Recurso especial não provido."

- AC nº 2002.61.00026575-3, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 18/11/2008: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO ATÉ DE OFÍCIO."

ARTIGO 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 150/STF. INTERRUÇÃO PELO INÍCIO DA EXECUÇÃO. INÉRCIA DA EXEQÜENTE. RETOMADA DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DO DECRETO Nº 20.910/32. SUCUMBÊNCIA. 1. Julgados improcedentes, integral ou parcialmente, os embargos opostos pela Fazenda Nacional, cumpre sujeitar a sentença à remessa oficial. Precedentes da Turma. 2. Nos termos do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.280/06, a prescrição, enquanto matéria de ordem pública, deve ser decretada até de ofício pelo Juízo, em qualquer fase do processo, com aplicação imediata aos feitos em curso, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3. A execução de sentença sujeita-se ao mesmo prazo de prescrição da ação em que constituído o título judicial (Súmula 150/STF): caso em que decorreu prazo superior a cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação e a propositura da execução, com efetivação dos meios e citação do devedor, permitindo seja reconhecida a prescrição, prejudicada a discussão do julgamento ultra petita. 4. Em face da sucumbência integral da exeqüente, esta deve arcar com a verba honorária, que se fixa em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência uniforme da Turma. 5. Remessa oficial, tida por submetida, provida; e apelação prejudicada."

- AC nº 2001.61.020008332, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 31.07.02, p. 496: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ART. 9º DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE DOS AUTOS. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO. I - Não se aplica a prescrição intercorrente prevista no art. 9º do Decreto 20.910/32 ao processo de execução, por constituir-se ação autônoma. II - O prazo prescricional da execução é o mesmo da ação originária. Inteligência da Súmula n.º 150 do Supremo Tribunal Federal. III - Conta-se a prescrição da ação de execução a partir trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento. IV - Transcorrido o lapso prescricional quando da propositura da execução. V - Apelação improvida. VI - Sentença mantida, embora sob outro fundamento."

Na espécie, houve trânsito em julgado da condenação em **27.03.00** (f. **113**, apenso: certidão de trânsito em julgado no agravo de instrumento interposto do despacho que não admitiu o recurso extraordinário); em **11.01.02** os exeqüentes requereram certificação do trânsito em julgado nos autos principais, e o desarquivamento do agravo (f. 106/8); e em **29.08.03** (f. 114, apenso) houve intimação para providências de execução no prazo de cinco dias, com a previsão de arquivamento diante do não-cumprimento; e **arquivamento** por inércia em 11.09.03 (f. 115, apenso). Houve pedido de desarquivamento em 21.02.08 (f. 117, apenso) e juntada da primeira memória de cálculo em **10.06.08** (f. 122/25, apenso), porém desacompanhada das peças para citação, sobreindo novos cálculos em **01.08.08** (f. 128/29, apenso), tendo sido efetivada a citação em **08.08.08** (f. 134, apenso).

A prescrição, como assentado na jurisprudência, é a sanção que se aplica a quem, podendo, deixa, por omissão, de praticar ato destinado à defesa de seu direito, sendo que, no caso concreto, o trânsito em julgado estava a depender da solução no agravo que subiu ao Supremo Tribunal Federal, não havendo, nos autos principais, a certidão respectiva para início da execução, daí as diligências requeridas pelos interessados, em face das quais houve resposta judicial apenas em **29.08.03**, quando regularizada a certificação, foram intimados para iniciar os procedimentos de execução, tendo sido efetivamente promovidos os atos antes do decurso do quinquênio, contado daquela intimação, em **01.08.08** (f. 128/9, apenso), tendo sido efetivada a citação em **08.08.08** (f. 134, apenso).

Afastada, assim, a prescrição, cabe o exame do mérito do pedido nos termos do artigo 515, § 1º do Código de Processo Civil.

Na inicial a embargante alegou prescrição e excesso de execução, este em virtude dos índices expurgados adotados em janeiro/89 e março/90 (42,72% e 84,32%), e apresentou planilha de cálculo a partir da aplicação do BTN; INPC; UFIR e IPCA-E, cumulado com de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado.

O cálculo dos exeqüentes, que gerou a execução (f. 128/29, apenso): (1) sequer aplicou o IPC de janeiro/89 e março/90, tendo em vista que os recolhimentos da repetição ora em execução foram efetivados somente em maio/90, sem razão, pois, a embargante neste tópico; e (2) considerou os índices de correção monetária previstos na Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo - IPC até fevereiro/91, INPC de março/91 a junho/94, IPC-r de julho/94 a junho/95, e INPC de agosto/95 em diante.

A propósito, encontra-se consolidada a jurisprudência, a propósito, firme no sentido de que o débito judicial deve ser corrigido monetariamente com a aplicação de "expurgos inflacionários", nos seguintes termos, claro que adstrito ao pedido, devolução e coisa julgada:

- AGRESP nº 1.00.7559, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE de 16/04/2009: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O STJ entende que devem ser incluídos os expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se seguintes índices de correção monetária aplicáveis desde o recolhimento indevido: BTN - de mar/89 a mar/90; IPC - de mar/90 a fev/91; INPC - de mar/91 a nov/91; IPCA - dez/91; UFIR - de jan/92 a dez/95; observados os respectivos percentuais: mar/90 (84,32%); abr/90 (44,80%); mai/90 (7,87%); jun/90 (9,55%); jul/90 (12,92%); ago/90 (12,03%); set/90 (12,76%); out/90 (14,20%); nov/90 (15,58%); dez/90 (18,30%); jan/91 (19,91%); fev/91 (21,87%); mar/91 (11,79%). A partir de janeiro/96, aplica-se somente a Selic, que inclui, a um só tempo, o índice de

inflação do período e a taxa de juros real. 2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma. 3. Agravo regimental não provido."

- AgRg nos EDcl no RESP nº 1.060.480, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 24/03/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. 1. Os expurgos inflacionários devem ser incluídos na repetição de indébito, utilizando-se os seguintes índices: o IPC, de janeiro a fevereiro de 1989; o BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; o INPC, de março a novembro de 1991; o IPCA, de dezembro de 1991; a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995. A partir de 1º.1.1996, incide a Taxa SELIC, não cumulada com nenhum outro índice de juros ou correção monetária. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido."

- AgRg no RESP nº 982.789, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 05/11/2008: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. 1. Admite-se a inclusão dos expurgos na execução do julgado, no momento em que homologada a conta de liquidação (Precedentes da Corte Especial: EREsp's 163.681/RS; 189.615/DF e 98.528/DF). 2. Nos casos de compensação ou restituição, os índices de correção monetária aplicáveis são: desde o recolhimento indevido, o IPC de janeiro a fevereiro de 1989; o BTN de março de 1989 a fevereiro de 1990; o IPC de março de 1990 a fevereiro de 1991; o INPC, de março a novembro de 1991; o IPCA - série especial em dezembro de 1991; a UFIR de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; a partir de 01.01.96, a Taxa Selic não cumulada com quaisquer outros índices de juros ou correção monetária (Manual de Cálculos da Justiça Federal e Jurisprudência da Primeira Seção). 3. Agravo regimental não provido."

- AgRg no RESP nº 962.007, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 07/04/2008: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ARTS. 128 E 468 DO CPC. SÚMULAS NºS 282 E 356/STF. INCLUSÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. I - Quando o acórdão recorrido citou os arts. 128 e 468 do CPC, estava tratando da correção monetária apresentada pela contadoria judicial, em contrapartida à atualização monetária adotada pelos embargados nos autos principais. Nesse sentido, não houve qualquer pronunciamento acerca da posterior juntada de documentos a alterar o quantum debeat, conforme suscitam os agravantes. Incidência dos enunciados sumulares nºs 282 e 356/STF, no ponto. II - No que se refere à correção monetária, resta consolidado o posicionamento desta Corte no sentido de que, para os valores a ser compensados ou restituídos, a atualização incluiu os expurgos inflacionários, tendo como indexador: a) IPC, no período de janeiro/89 e fevereiro/89, e de março/90 a fevereiro/91; b) o INPC, a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91 (março de 1991) até dezembro/91; c) UFIR, de janeiro de 1992 até 31/12/95 e d) SELIC, a partir de janeiro de 1996, ressaltando-se que, para os meses de janeiro e fevereiro de 1989, os percentuais são, respectivamente, de 42,72% e 10,14%. Precedentes: EREsp nº 548.711/PE, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 28.05.2007 e EREsp nº 912.359/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 03.12.2007. III - Agravo regimental de STC TELECOMUNICAÇÕES DA AMAZÔNIA LTDA E OUTRO improvido e agravo regimental da Fazenda Nacional parcialmente provido."

Sobre a correção monetária, a jurisprudência da Turma, na linha da orientação do Superior Tribunal de Justiça, admite a aplicação dos assim denominados "expurgos inflacionários", inclusive os previstos em atos seja da Corregedoria-Regional, seja do Conselho da Justiça Federal, **em detrimento de outros critérios, como os aplicados no cálculo dos exequientes (Tabela do TJSP).**

Na espécie, a coisa julgada **não** fixou índices específicos para a correção monetária do débito judicial, mas não pode ser acolhido integralmente o cálculo de qualquer das partes porque a embargante não considerou nenhum IPC consagrado e pleiteado pelos exequientes, e os embargados incluíram índices em períodos não consagrados pela jurisprudência firmada e aplicável a situações próprias como a presente, conforme anteriormente indicado.

Deve, portanto, a execução prosseguir a partir do cálculo da contadoria judicial (f. 39), que já contém, a título de correção monetária, a aplicação dos índices da Tabela de Correção Monetária do Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal (BTN, INPC, UFIR e IPCA-E), com a aplicação do IPC de maio/90 a fevereiro/91, variações positivas e negativas, em substituição aos índices utilizados no período; mantido o cálculo dos juros moratórios de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado, honorários advocatícios e custas, observando-se o limite pleiteado pelos embargados para a mesma data, a fim de evitar a ocorrência de julgamento *ultra petita*.

Por consequência, cabe condenar a embargante em verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento à apelação dos embargados para afastar a prescrição e, no mérito, julgar parcialmente procedentes os embargos nos termos supracitados, ficando prejudicada a apelação da embargante.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00057 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010093-93.2006.4.03.6110/SP
2006.61.10.010093-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : CARLOS MORONI
ADVOGADO : ROBERTO MOHAMED AMIN JUNIOR e outro
No. ORIG. : 00100939320064036110 1 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença de parcial procedência de embargos, fixando a execução em R\$ 22.092,12 (janeiro/09: UFIR e IPCA-E, contadoria judicial - f. 53/4), e sucumbência recíproca.

Apelou a embargante, alegando excesso de execução, pois a contadoria judicial considerou em seu cálculo: (1) dois valores de imposto de renda indevidos ante a falta de provas (guias) dos recolhimentos, assim como em decorrência das informações prestadas pela Receita Federal, requerendo a reforma para o prosseguimento da execução apenas pelo valor originário de R\$ 1.760,35; e (2) a compensação de honorários advocatícios devidos no processo de conhecimento, com violação à coisa julgada, por ter sido fixada sucumbência recíproca nos termos do artigo 21 do CPC.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a prescrição - que pode, inclusive, ser decretada de ofício (artigo 219, § 5º, CPC) - para a execução de título judicial sujeita-se ao mesmo prazo previsto para a ação cognitiva, nos termos da Súmula 150/STF ("**Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação**"), sendo que, no caso específico da Fazenda Pública, aplica-se o interregno legal de cinco anos (Decreto nº 20.910/32), a partir do trânsito em julgado da condenação.

Neste sentido, entre outros, os seguintes acórdãos (grifamos):

- RESP nº 1.072.882, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE de 12.12.08: "PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.280/2006. SENTENÇA ANTERIOR E ACÓRDÃO POSTERIOR. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. 1. Inexiste a alegada negativa de jurisdição se o Colegiado de origem apreciou a controvérsia de modo integral, sólido e adequado, apenas não adotando a tese que a recorrente pretendia ver prevalente. 2. Sendo a sentença anterior e o acórdão proferido em embargos de declaração posterior à Lei 11.280/06, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, é viável o conhecimento, de ofício, da prescrição de direito patrimonial. Precedentes. 3. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, consoante a dicção da Súmula 150/STF. 4. "Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação" (Resp 543.559/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.02.05). 5. Recurso especial não provido."

- AC nº 2002.61.00026575-3, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 18/11/2008: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO ATÉ DE OFÍCIO. ARTIGO 219, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 150/STF. INTERRUÇÃO PELO INÍCIO DA EXECUÇÃO. INÉRCIA DA EXEQÜENTE. RETOMADA DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º DO DECRETO Nº 20.910/32. SUCUMBÊNCIA. 1. Julgados improcedentes, integral ou parcialmente, os embargos opostos pela Fazenda Nacional, cumpre sujeitar a sentença à remessa oficial. Precedentes da Turma. 2. Nos termos do § 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.280/06, a prescrição, enquanto matéria de ordem pública, deve ser decretada até de ofício pelo Juízo, em qualquer fase do processo, com aplicação imediata aos feitos em curso, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3. A execução de sentença sujeita-se ao mesmo prazo de prescrição da ação em que constituído o título judicial (Súmula 150/STF): caso em que decorreu prazo superior a cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação e a propositura da execução, com efetivação dos meios e citação do devedor, permitindo seja reconhecida a prescrição, prejudicada a discussão do julgamento ultra petita. 4. Em face da sucumbência integral da exequente, esta deve arcar com a verba honorária, que se fixa em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e da jurisprudência uniforme da Turma. 5. Remessa oficial, tida por submetida, provida; e apelação prejudicada."

- AC nº 2001.61.020008332, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 31.07.02, p. 496: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ART. 9º DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE DOS AUTOS. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO. I - Não se aplica a prescrição intercorrente prevista no art. 9º do Decreto 20.910/32 ao processo de execução, por constituir-se ação autônoma. II - O prazo prescricional da execução é o mesmo da ação originária. Inteligência da Súmula n.º 150 do Supremo Tribunal Federal. III - Conta-se a prescrição da ação de execução a partir trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento. IV - Transcorrido o lapso prescricional quando da propositura da execução. V - Apelação improvida. VI - Sentença mantida, embora sob outro fundamento."

Na espécie, houve trânsito em julgado da condenação em **10.12.99** (f. 32, embargos), intimação para providências de execução em 21.01.00 (consulta de movimentação processual), com dois arquivamentos por inércia em 28.08.01 e 06.05.03 (consulta de movimentação processual), reativação da movimentação processual e juntada de petição da parte autora em **28.10.95** (consulta de movimentação processual), e juntada de memória de cálculo para a citação somente em **03.03.06** (f. 33/6 dos embargos).

Como se observa, entre o trânsito em julgado e o efetivo início da execução com a juntada de memória de cálculo e peças necessárias à citação, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, consumando a prescrição nos termos da jurisprudência pacificada.

Em face da sucumbência integral da exequente, cumpre-lhe arcar com a verba honorária, que se fixa, no caso concreto, em 5% sobre o valor atualizado da causa, em face das peculiaridades do caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, de ofício, nos termos do artigo 219, § 5º, CPC, decreto a extinção da execução, reconhecendo a prescrição e a sucumbência, nos termos referidos, restando prejudicada a apelação da embargante.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00058 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014595-37.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.014595-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : ANTONIO CARLOS TEIXEIRA BLAIA
ADVOGADO : NILTON CHAVES MIRANDA e outro

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, contra sentença de improcedência de embargos, que fixou a execução em **R\$ 23.207,00** (março/08, embargado - f. 191/92, apenso), sem verba honorária por tratar-se de acertamento de cálculos.

Apelou a embargante, alegando que a execução deve prosseguir nos termos da planilha juntada às razões da apelação (R\$ 15.789,03 - válido para março/08, f. 41/4), com a condenação do embargado nos ônus da sucumbência, assim porque houve excesso de execução por violação à coisa julgada, vez que: (1) o embargado não informou claramente o critério de atualização no período entre o desembolso e janeiro/96, impedindo o direito de defesa; e (2) houve aplicação indevida da taxa SELIC entre janeiro/96 e outubro/00.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que não cabe em execução alterar os termos da coisa julgada, assim, no tocante à correção monetária, se os índices específicos tiverem sido fixados, desde logo, no título condenatório, não é possível, dentro do mesmo período, a sua revisão, na fase de execução ou cumprimento do julgado. A propósito assim tem reiteradamente decidido o Superior Tribunal de Justiça:

- AGRESP 1.190.871, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 08/09/2010: "PROCESSO CIVIL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SENTENÇA QUE NÃO FIXOU ÍNDICES DE CORREÇÃO. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não pode ser conhecida a alegação de que o acórdão regional contrariou as disposições contidas nos Decretos-Lei n. 92.492/86; n. 2.311/86; n. 2.335/87; n. 7.730/89, e no art. 6º da Lei n. 7.730/89, nas Leis n. 7.738/89; n. 7.839/89; n. 8.024/90; n.8.088/90; n. 8.177/91, e n. 8.036/90. 2. Não basta a mera indicação de dispositivos supostamente violados, pois as razões do recurso especial

devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais a agravante visa à reforma do decisum. Súmula 284/STF. 3. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a inclusão de expurgos inflacionários em sede de execução de sentença não ofende a coisa julgada, se a decisão exequenda não houver fixado índice de correção monetária diverso. Agravo regimental improvido."

- AGRESP 1.162.102, Rel. Des. Conv HAROLDO RODRIGUES, DJE 28/06/2010: "AGRAVO REGIMENTAL. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. CRITÉRIOS DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. 1. Esta Corte já firmou compreensão de que, transitada em julgado a sentença com expressa indicação de qual critério de correção monetária deve ser utilizado, não é possível alterá-lo em sede de execução, tendo em vista a ocorrência da coisa julgada. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."

Na espécie, a condenação transitada em julgado relegou à presente fase a definição dos índices de correção monetária, porém determinou, de logo, a aplicação da SELIC, a partir da extinção da UFIR (f. 170/76, apenso), daí que a sua aplicação em período anterior, como ocorrido, com majoração do valor do cálculo, importa em excesso de execução com violação da coisa julgada.

O cálculo do embargado (f. 191/92, apenso) embora não tenha sido expressa na indicação de índices permite concluir, sem dificuldade, a partir da análise dos resultados, que houve aplicação, no período até janeiro/96, da OTN, BTN, INPC e UFIR, sem qualquer violação, pois, ao direito de defesa; porém, a partir de tal data até fevereiro/08, aplicou-se critério que excede à variação da UFIR e SELIC, com ofensa, assim, à coisa julgada, daí porque merece reforma a sentença, neste ponto.

Considerando que não houve cálculo da contadoria judicial, cabe definir qual dos cálculos fazendários deve prevalecer, se o juntado com a inicial ou com a apelação. Ambos apresentam discrepâncias entre si, apesar de terem sido elaborados para a mesma data (março/08), isto porque o posterior, juntado com o apelo, incluiu IPC de janeiro/89 e abril/90, resultando na soma de R\$ 15.789,03 (f. 41/4), ao passo que o juntado com a inicial, sem tal expurgo, somou R\$ 8.024,84. Ambos os valores são inferiores ao executado, que correspondia a R\$ 23.207,00 em fevereiro/08, tendo sido estabelecido na apelação o limite para a devolução recursal e, assim, portanto, deve ser acolhido o expresso pedido da Fazenda Nacional de prevalência do valor de R\$ 15.789,03, e não o de R\$ 8.024,84, por se tratar de cálculo fundado em IPC consagrado na jurisprudência e que não viola a coisa julgada.

Em face da sucumbência recíproca, considerado o valor que restou definido ao final, deve cada parte arcar com a respectiva verba honorária a teor do que dispõe do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por submetida, para reformar a sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00059 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016134-04.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.016134-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : SONIA REGINA GARCIA BRAGA
ADVOGADO : ELIANA DE CARVALHO MARTINS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00161340420094036100 14 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em mandado de segurança impetrado para afastar a exigibilidade do imposto de renda, incidente sobre valores resultantes de pagamento percebidos de forma acumulada, relativos à pensão por morte de segurado da Previdência Social; alegando, em suma, a impetrante que os valores são constituídos de parcelas de benefício que, caso tivessem sido pagos nos respectivos meses, seria recolhido um valor menor em alguns meses e seria isento em outros, segundo as alíquotas progressivas da lei, não podendo ser prejudicado pela demora da autarquia em cumprir suas obrigações previdenciárias.

A r. sentença denegou a ordem.

Apelou a impetrante, pela reforma da sentença, reiterando os termos da inicial.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela reforma da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o imposto de renda não pode considerar, para efeito de incidência, a integralidade dos valores, disponibilizados no pagamento único, ou eventualmente cumulado pelo devedor no que relativo a benefício previdenciário pago com atraso ou a parcelas respectivas, inclusive decorrentes de revisão. Pelo contrário, deve a tributação incidir, tendo como parâmetro o devido, mês a mês, inclusive para fins de apuração de isenção, pelo limite mensal, conforme as tabelas de valores do IRPF.

Neste sentido, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

- RESP nº 723.196, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJU de 30.05.05, p. 346: "RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO ACUMULADO EFETUADO COM ATRASO PELO INSS. VALOR MENSAL ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO MONTANTE RECEBIDO. NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA. Merece prevalecer o entendimento esposado pela Primeira Turma de que "o imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pela Administração, quando a diferença do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do imposto de renda" (Resp 505081/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.2004). Recurso especial improvido."

- RESP nº 492.247, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 03.11.03, p. 255: "TRIBUTÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE. VALOR MENSAL DO BENEFÍCIO ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. 1. O pagamento decorrente de ato ilegal da Administração não constitui fato gerador de tributo. 2. O imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pelo INSS, quando o reajuste do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do referido imposto. 3. A hipótese in foco versa proventos de aposentadoria recebidos incorretamente e não rendimentos acumulados, por isso que, à luz da tipicidade estrita, inerente ao direito tributário, impõe-se o acolhimento da pretensão autoral. 4. O Direito Tributário admite na aplicação da lei o recurso à equidade, que é a justiça no caso concreto. Ora, se os proventos, mesmos revistos, não são tributáveis no mês em que implementados, também não devem sê-lo quando acumulados pelo pagamento a menor pela entidade pública. Ocorrendo o equívoco da Administração, o resultado judicial da ação não pode servir de base à incidência, sob pena de sancionar-se o contribuinte por ato do fisco, violando os princípios da Legalidade e da Isonomia, mercê de chancelar o enriquecimento sem causa da Administração. 5. O aposentado não pode ser apenado pela desídia da autarquia, que negligenciou-se em aplicar os índices legais de reajuste do benefício. Nessas hipóteses, a revisão judicial tem natureza de indenização pelo que o aposentado isento, deixou de receber mês a mês. 6. Recurso especial provido."

- RESP nº 538.137, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 15.12.03, p. 219: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS ADVINDOS DE DECISÃO JUDICIAL. DEPÓSITO. SERVIDOR PÚBLICO. PARCELAS DEVIDAS MENSALMENTE, PORÉM, PAGAS, DE MODO ACUMULADO. NÃO EFETIVAÇÃO DO PAGAMENTO NO SEU DEVIDO TEMPO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 46, DA LEI Nº 8.541/92. 1. Caso a obrigação de que decorram os rendimentos advindos de decisão judicial se adimplida na época própria desse causa, são os mesmos tributáveis e ensejam a retenção do imposto de renda na fonte. 2. A regra acima referida não se aplica quando, em face de descumprimento do Estado em pagar vencimentos atrasados ao servidor, acumula as parcelas que, se tivessem sido pagas, na época própria, no final de cada mês, estariam isentos de retenção do tributo. 3. Ocorrendo de maneira diferente, o credor estaria sob dupla penalização: por não receber o que lhe era devido na época própria em que tais valores não eram suscetíveis de tributação e por recebê-los, posteriormente, ocasião em que, por acumulação, formam então, montante tributável. 4. O art. 46, da Lei nº 8.541/92, deve ser interpretado nos seguintes moldes: só haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem o desconto do imposto, caso contrário, ter-se-ia hipótese condenável: sobre valores isoladamente isentos de imposto de renda o ente público moroso retiraria benefício caracterizadamente indevido. 5. O ordenamento jurídico tributário deve ser interpretado de modo que entre fisco e contribuinte sejam instaurados comportamentos regidos pela lealdade e obediência rigorosa ao princípio da legalidade. 6. Não é admissível que o servidor seja chamado a aceitar retenção de imposto de renda na fonte, em benefício do Estado, em face de ato ilegal praticado pelo próprio Poder Público, ao atrasar o pagamento de suas vantagens salariais. 7. Recurso especial não provido."

- RESP nº 719.774, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 04.04.05, p. 232: "TRIBUTÁRIO. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. 1. No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, nos termos previstos no art. 521 do RIR (Decreto 85.450/80). A aparente antinomia desse dispositivo com o art. 12 da Lei 7.713/88 se resolve pela seguinte exegese: este último disciplina o momento da incidência; o outro, o modo de calcular o imposto. 2. Recurso especial improvido."

Assim igualmente tem decidido esta Corte, conforme revela, entre outros, o seguinte julgado, de que fui relator:

- AC nº 2005.61.00.900223-5, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 29/04/09: "DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INSS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO ACUMULADO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ISENÇÃO. TAXA SELIC. SUCUMBÊNCIA. 1. O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que discuta a repetição de valores recolhidos a título de IRPF, incidente sobre

valores resultantes de recebimento acumulado de proventos da aposentadoria, que, na espécie, age como substituto tributário, retendo na fonte os valores e repassando para a FAZENDA NACIONAL. Ainda que discutido o direito à emissão de novos informes de pagamento de proventos, tal circunstância não autoriza a integração, na lide, da autarquia, pois tal obrigação não se confunde com a de responder pela incidência e repetição do tributo questionado. 2. Caso em que deve ser rejeitada a alegação, deduzida em contra-razões, de extinção do direito de algumas parcelas, pois a presente ação de repetição de indébito fiscal foi ajuizada em 03.02.05, em prazo inferior a cinco anos contados do recolhimento impugnado, ocorrido entre agosto/2004 e janeiro/2005, nos termos do artigo 168 do CTN. A pretensão fazendária de computar como termo inicial da prescrição a competência a que se refere cada crédito, pago em atraso, não condiz com a regra material da legislação complementar, que define o recolhimento ou, mais propriamente, a extinção do crédito tributário como ato ou momento a partir do qual tem interesse processual o contribuinte em ajuizar demanda de questionamento da exigibilidade do tributo recolhido. 3. O recebimento acumulado de proventos de aposentadoria, em virtude de condenação judicial, não constitui fato gerador do imposto de renda, na hipótese do valor mensal não exceder ao limite legal de isenção. 4. Constitui pagamento indevido, para efeito de repetição, o IRRF calculado sobre o valor cumulado dos proventos, tendo o contribuinte o direito ao ressarcimento da diferença entre o tributo exigível, em relação a cada um dos proventos mensais, observado o regime de alíquotas e faixas de isenção aplicáveis na data em que devido cada pagamento, e o valor efetivamente recolhido a partir dos proventos acumulados, segundo o procedimento fiscal impugnado e ora declarado ilegal. 5. Sobre tal diferença deve incidir a atualização, calculada com base na variação da taxa SELIC (Lei nº 9.250/95), a partir de cada um dos pagamentos a maior e indevido, sem a cumulação de qualquer outro índice de correção monetária ou taxa de juros. 6. Tem o contribuinte, em face da alteração do regime de incidência fiscal sobre seus proventos, o direito ao recebimento de novos informes de pagamento para efeito de retificação de sua declaração de renda perante o Fisco. 7. Em virtude da solução consagrada em face da FAZENDA NACIONAL, a sucumbência é fixada em 10% sobre o valor da condenação (artigo 20, § 3º, CPC), em favor da parte autora vencedora da demanda, nos termos da jurisprudência da Turma. 8. Precedentes."

Como se observa, o pagamento cumulado de benefício previdenciário não pode ficar sujeito à tributação sobre o montante integral, relativo a parcelas em atraso de um período especificado, no qual teria direito o contribuinte a regime de isenção ou retenção por alíquotas segundo a faixa de rendimentos respectiva.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00060 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016445-29.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.016445-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : BRISTOL MYERS SQUIBB FARMACEUTICA S/A

ADVOGADO : MARIA ANDREIA FERREIRA DOS SANTOS SANTOS e outro

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação contra sentença de parcial procedência de embargos opostos à execução de verba honorária, cujo valor foi fixado em R\$ 238,85 (setembro/08: ORTN, OTN, BTN, INPC, UFIR e IPCA-E, contadoria judicial - f. 30), sem condenação em verba honorária por tratar-se de acerto de cálculos e não existir vencido.

Apelou a embargante, alegando: (1) nulidade da execução por falta de título líquido e certo, de apresentação de memória discriminada de cálculo do exequente no mandado de citação e nas peças que os instruíram, como também inexistência de cálculo nos autos, configurando cerceamento de defesa e violação aos princípios do contraditório e isonomia; ou (2) excesso de execução; e (3) o cabimento da apelada na sucumbência, tendo em vista o princípio da causalidade, nos termos do artigo 20 do CPC, e considerando o decaimento substancial da apelada, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do CPC.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, manifestamente improcedente a alegação de falta de título líquido e certo, pois houve juntada de memória de cálculo (f. 238, apenso), contra a qual a apelante opôs alegações de mérito, demonstrando que não teve a menor dificuldade de compreender o que era executado, evidenciando a patente discrepância do que afirmado com o que consta dos autos.

No mérito, consta a comprovação documental de que a contadoria judicial e a embargante aplicaram idênticos índices de correção monetária sobre o débito, alcançando o mesmo valor para a mesma data. A diferença ocorreu porque a contadoria judicial acresceu à condenação o valor atualizado das custas, nos termos da coisa julgada (f. 141, apenso: "... e condeno a Ré nas custas do processo e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa."

Deve, portanto, a execução prosseguir pelo cálculo da contadoria judicial, tal como fixado pela r. sentença. Quanto à sucumbência, a ação ajuizada tem caráter litigioso, e não de mero acerto contábil, tanto assim que necessário aferir os limites da coisa julgada e a adequação dos critérios orientadores da liquidação do cálculo a partir da condenação. Inequívoco, pois, o caráter litigioso, em maior ou menor extensão, sobre a matéria de direito ou de fato, que se encerra nos embargos à execução, ação própria e autônoma, proposta e motivada pela execução aparelhada que, por sua vez, acarreta a necessidade de defesa processual. A relação processual, assim formada, resolve-se com a definição do valor do crédito e, tenha a execução sido correta ou incorretamente proposta, não resta dúvida de que cabe aferir a responsabilidade processual, presente que se encontra a causalidade (artigo 20 do CPC). A responsabilidade pela sucumbência atua como elemento de contrapartida tanto à execução excessiva como aos embargos protelatórios, daí porque a sua importância. Certo, pois, que a solução dos embargos por sentença enseja a definição da sucumbência em face da extensão do pedido formulado, da defesa deduzida, e do resultado finalmente proclamado.

Na espécie, a sentença acolheu parcialmente os embargos opostos pela Fazenda Nacional, em face do valor apurado pela contadoria judicial, a hipótese é de decaimento mínimo da embargante, nos termos do parágrafo único, do artigo 21 do Código de Processo Civil, o que, frente ao princípio da causalidade, obriga à fixação da responsabilidade da embargada por ressarcir despesas inerentes à ação judicial proposta, devendo, portanto, a mesma assumir a sucumbência, fixada a verba honorária em cem reais, face às circunstâncias do caso concreto e à luz do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, atualizados até a data do efetivo pagamento.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00061 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004403-87.2004.4.03.6002/MS

2004.60.02.004403-7/MS

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Conselho Regional de Contabilidade de Mato Grosso do Sul CRC/MS
ADVOGADO : SANDRELENA SANDIM DA SILVA e outro
APELADO : SUELI APARECIDA BUENO DE SOUSA
No. ORIG. : 00044038720044036002 2 Vr DOURADOS/MS

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que, em execução fiscal, declarou, de ofício, a prescrição do crédito tributário, com a extinção do processo, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Apelou o Conselho Regional de Contabilidade - CRC, alegando, em suma, que: (1) cobra anuidades entre 2000 e 2002 e multas eleitorais de 1999 e 2001, com ajuizamento da execução fiscal em 26.11.04 e, sendo o débito mais antigo cobrado o de 1999, teria até 2005 para o ajuizamento da ação, conforme artigo 174, *caput*, do CTN; (2) a partir do despacho do juiz que ordenar a citação, o prazo prescricional fica interrompido, de acordo com o parágrafo único, inciso I, do artigo 174 do CTN e artigo 8º, § 2º, da LEF; (3) é devida, na espécie, a aplicação da Súmula nº 106/STJ; e (4) sempre deu andamento ao processo, e, em momento algum manteve-se inerte com relação ao regular andamento do processo.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, no caso dos autos a execução fiscal refere-se à cobrança das anuidades entre 2000 e 2002 e multas eleitorais de 1999 e 2001.

A propósito, com relação às multas, tratando de dívida ativa não-tributária, objeto de auto de infração, sujeitam-se ao prazo quinquenal, nos termos do Decreto nº 20.910/32, não se aplicando o Código Civil nem o Código Tributário Nacional, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

- AgRg no Ag nº 951.568, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 02.06.08, p. 01: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRAZO QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO VINTENÁRIO PREVISTO

NO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...) 5. A Administração Pública, no exercício do *ius imperii*, não se subsume ao regime de Direito Privado. 6. Ressoa inequívoco que a inflição de sanção às ações contra as posturas municipais é matéria de cunho administrativo versando direito público indisponível, afastando por completo a aplicação do Código Civil a essas relações não encartadas no *ius gestionis*. 7. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. 8. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado. 9. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado." 10. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lideira à questão da legalidade. 11. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu. 12. Destarte, esse foi o entendimento esposado na 2ª Turma, no Resp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005: "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. 3. Recurso especial improvido." 13. Precedentes jurisprudenciais: Resp 444.646/RJ, DJ 02.08.2006; Resp 539.187/SC, DJ 03.04.2006; Resp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ 20.03.2006; Resp 714.756/SP, Resp 436.960/SC, DJ 20.02.2006. 14. Agravo regimental desprovido." - AgRg no RESP nº 373.662, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 19.11.07, p. 215: "TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - MULTA ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO - CINCO ANOS - INCIDÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO - POSSIBILIDADE. 1. A decisão agravada foi fundamentada no artigo 557 do CPC, que permite ao relator decidir monocraticamente negando seguimento ao recurso em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal. A recorrente aduziu a impossibilidade de julgamento monocrático do especial, por abranger matérias relevantes; contudo, não logrou demonstrar a relevância dos temas e a ausência de jurisprudência pacífica. 2. É posicionamento pacífico desta Corte que o Estado dispõe do prazo de cinco anos para ser acionado, por seus débitos, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/32, e tal lustrum prescricional deve ser aplicado no caso de cobrança do Estado contra o administrado. 3. É possível que em exceção de pré-executividade seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executivos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória. Agravo regimental improvido." - RESP nº 905.932, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 28.06.07, p. 884: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA PELO MUNICÍPIO. PRESCRIÇÃO. EXISTÊNCIA DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. LAPSO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OBSERVÂNCIA DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional, interposto por Celso Antônio Soster (em causa própria) em impugnação a acórdão que, afastando a aplicação do art. 174 do CTN e do Decreto 20.910/32, declarou que a prescrição de multa administrativa (por não estar caracterizada a existência de crédito tributário) deve ser regulada pelo Código Civil (10 anos - CC 2002). 2. Todavia, em se tratando da prescrição do direito de a Fazenda Pública executar valor de multa referente a crédito não-tributário, ante a inexistência de regra própria e específica, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no artigo 1º do Decreto 20.910/32. 3. De fato, embora destituídas de natureza tributária, as multas impostas, inegavelmente, estão revestidas de natureza pública, e não privada, uma vez que previstas, aplicadas e exigidas pela Administração Pública, que se conduz no regular exercício de sua função estatal, afigurando-se inteiramente legal, razoável e isonômico que o mesmo prazo de prescrição - quinquenal - seja empregado quando a Fazenda Pública seja autora (caso dos autos) ou quando seja ré em ação de cobrança (hipótese estrita prevista no Decreto 20.910/32). Precedentes: Resp 860.691/PE, DJ 20/10/2006, Rel. Min. Humberto Martins; Resp 840.368/MG, DJ 28/09/2006, Rel. Min. Francisco Falcão; Resp 539.187/SC, DJ 03/04/2006, Rel. Min. Denise Arruda. 4. Recurso especial conhecido e provido para o fim de que, observado o lapso quinquenal previsto no Decreto 20.910/32, sejam consideradas prescritas as multas administrativas cominadas em 1991 e 1994, nos termos em que pleiteado pelo recorrente." - AC nº 2006.03.99.035160-9, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJU de 16.04.08, p. 629: "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO - MULTA ADMINISTRATIVA - PRAZO. 1. Na

presente hipótese, a insurgência da exequente cinge-se à questão do prazo prescricional, por entender que, in casu, este não seria de 5 anos, mas sim de 10 ou 20 anos, de acordo com o previsto no Código Civil (por tratar-se de execução fiscal de multa administrativa). 2. Esta tese, contudo, não se coaduna com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem como com o recente posicionamento desta Corte e de outros Regionais. Com efeito, a jurisprudência atual é no sentido de que o prazo prescricional para esta cobrança é o mesmo previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, ou seja, 5 anos. Precedentes do TRF da 1ª Região, desta Corte e do STJ. 3. Verifica-se a ocorrência da prescrição intercorrente no presente caso, uma vez que o processo foi suspenso, a pedido da exequente, em maio/98, cientificada esta em 03/06/98 (fls. 11). O feito foi remetido ao arquivo em maio/99 (fls. 12), e, após vista à exequente em out/05, nos termos do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80 (fls. 15), o d. Juízo reconheceu a prescrição intercorrente. 4. Prescrição intercorrente consumada. 5. Apelação improvida."

- AC nº 2005.61.06.002593-0, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJU de 09.04.08, p. 761: "**TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. COMPETÊNCIA. OFICIAL DE FARMÁCIA. RESPONSABILIDADE TÉCNICA POR DROGARIA. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO.**

1. Não conheço do agravo retido interposto pela apelante/embargante, uma vez que não requerida expressamente a sua apreciação (§1º do artigo 523 do CPC). 2. As CDAs identificam de forma clara e inequívoca o débito exequendo, discriminando as leis que embasam as penalidades aplicadas e o cálculo dos consectários legais. 3. O prazo prescricional para o ajuizamento de execução fiscal para a cobrança de crédito decorrente de multa administrativa é de cinco anos, contados da data da notificação da infração (Decreto nº 20.910/32 e Lei nº 9.873/99). (...)"

Por sua vez, as disposições da LEF (Lei nº 6.830/80) sobre a suspensão e interrupção da prescrição dos débitos inscritos em dívida ativa aplicam-se, sem restrições, aos créditos não-tributários, consoante os seguintes precedentes jurisprudenciais:

- AGA nº 1054859, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 19.12.08: "**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NÃO-INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 174 DO CTN. PREVALÊNCIA SOBRE O ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/1980. 1.** A suspensão do lapso prescricional de 180 (cento e oitenta) dias prevista no art. 2º, § 3º, da Lei 6.830 somente é aplicável às dívidas de natureza não-tributária. Em hipóteses como a dos autos, em que se trata de execução de crédito relativo a Imposto de Renda, a matéria é regulada pelo art. 174 do Código Tributário Nacional. 2. Agravo Regimental não provido."

- AGA nº 1041976, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 07.11.08: "**PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - MULTA - EXECUÇÃO FISCAL - VIOLAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL POR ATO ADMINISTRATIVO - NÃO-CABIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA "B" - CDA - NULIDADE - AFERIÇÃO DE REQUISITOS - MATÉRIA DE PROVA - SÚMULA 7/STJ - PRESCRIÇÃO - DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA - DESPACHO NA EXECUÇÃO FISCAL - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO - AGRAVO NÃO PROVIDO. 1.** A alegação de violação da legislação federal por ato administrativo é insuscetível de conhecimento pela alínea "b" do permissivo constitucional, reservado à análise da prevalência de atos locais de governo, ou seja, emanados de autoridades políticas locais de qualquer dos poderes da República. 2. Analisar se a Certidão de Dívida Ativa preenche os requisitos formais de validade implica em reexame de prova, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. À execução fiscal de multa administrativa aplicam-se as normas de interrupção e suspensão da prescrição contidas na LEF. 4. Agravo regimental não provido."

- AC nº 2005.61.82.041857-1, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, DJF3 CJ1 de 06.10.09, p. 235: "**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA POR INOBSERVÂNCIA ÀS POSTURAS MUNICIPAIS. DÍVIDA DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA - INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 3º, § 2º, DA LEI 6.830/80. PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. DÍVIDA ATIVA REGULARMENTE INSCRITA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. 1.** O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 2. Trata-se de cobrança relativa a multa por infringência a posturas municipais (MPL - falta de manutenção de muro e passeio em imóvel de sua propriedade). Na hipótese, a notificação para recolhimento ocorreu em 20/07/99, tendo ocorrido os vencimentos legais em 04/04/00 (fls. 07/08). 3. A multa em questão, de caráter administrativo, também está sujeita ao mesmo prazo prescricional de cinco anos, em conformidade com o prazo previsto no art. 174 do CTN. Com efeito, o posicionamento atual desta Corte, bem como do E. Superior Tribunal de Justiça, é de que o prazo prescricional para esta cobrança é o mesmo previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Precedente do STJ. 4. Esta E. Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes do início da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. Aplicando-se tal súmula, verificar-se-ia que os valores inscritos em dívida ativa estariam, de fato, atingidos pela prescrição, vez que os vencimentos ocorreram em 04/04/00 (fls. 07/08) e a execução fiscal foi ajuizada em 10/06/05 (fls. 06). 5. Há que se atentar, todavia, para a suspensão do prazo prescricional pelo prazo de até 180 dias prevista no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 6.830/80. A jurisprudência tem entendido que este dispositivo não teria aplicabilidade quanto às dívidas de natureza tributária, visto que estas são disciplinadas por lei complementar. Diferente, no entanto, a hipótese dos autos, que trata de multa administrativa, dívida de natureza sabidamente não-tributária. Citação de doutrina e precedentes jurisprudenciais. 6. A dívida ativa regularmente inscrita na repartição competente goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Necessária, para ilidi-la,

prova em contrário, concretamente demonstrável. As insurgências genéricas da embargante, relativas ao ajuizamento do executivo fiscal para cobrança de multa imposta à autarquia embargante, não têm, portanto, o condão de infirmar as autuações e as inscrições em dívida ativa que originaram a presente cobrança. 7. Apelação improvida."

- AMS nº 2004.72.05.005501-0, Rel. Des. Fed. JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. de 10.07.07: "TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. LEI COMPLEMENTAR. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569 /77. CRÉDITOS PRESCRITOS. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. ART. 205 DO CTN. CABIMENTO. 1. O art. 2º, § 3º, da LEF, que estabelece a suspensão do prazo prescricional, por 180 dias, após a inscrição em dívida ativa, simplesmente não tem eficácia em relação aos créditos tributários, diante do disposto no art. 146, III, alínea c, da CF/88. Quanto aos créditos não-tributários, sua aplicação é plenamente válida, pois não incide a reserva constitucional à lei complementar, destinada exclusivamente à prescrição dos tributos. 2. No ordenamento constitucional anterior já se impunha a edição de lei complementar para estabelecer normas gerais de direito tributário, dispor sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regular as limitações constitucionais do poder de tributar. Consistindo em matéria de norma geral, o regramento da prescrição tributária exige lei complementar. 3. O art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 tem sua eficácia restrita aos créditos não-tributários, visto que o art. 174, I, do CTN, considera interrompida a prescrição somente com a efetiva citação do devedor, e não com o despacho inicial que a ordena. 4. O parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569 /1977 foi julgado inconstitucional pela Corte Especial deste Tribunal (Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 2002.71.11.002402-4/RS, Relator Desembargador Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira, Diário Eletrônico de 07/03/2007). 5. O marco inicial para contagem da prescrição é de 13 de agosto de 1999, tendo a Fazenda Pública até 13 de agosto de 2004 para providenciar o ajuizamento da execução fiscal cabível. Contudo, como até a presente data não existem notícias de que tenham sido iniciados os procedimentos executórios, estão prescritos os débitos em discussão nessa ação mandamental. 6. Em razão da prescrição atingir os débitos tributários apontados como impedimento à concessão de Certificado de Regularidade Fiscal e inexistindo dívidas outras a impedir a concessão do documento almejado, determina-se a expedição da Certidão Negativa de Débitos."

Na espécie, as multas referem-se a 1999 e 2001, sujeitas a encargos a partir de 01.02.00 e 01.02.02 (f. 04), inscrição em dívida ativa em 01.10.04 (f. 04), ajuizamento da execução fiscal em 26.11.04 (f. 02) e despacho que ordenou a citação em 11.04.05 (f. 08).

Assim, constituído o débito em **01.02.00** e **01.02.02**, ocorreu a suspensão da prescrição, por 180 dias, com a inscrição em dívida ativa, em **01.10.04**, nos termos do § 3º do artigo 2º da LEF, bem como a sua interrupção na data do despacho que ordenou a citação, em **11.04.05**, com fulcro no § 2º do artigo 8º da LEF, restando evidente que não houve o transcurso do quinquênio prescricional.

No tocante às anuidades, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que possuem natureza tributária, sujeitando-se ao regime de prescrição do artigo 174 do Código Tributário Nacional, computando-se o quinquênio da constituição definitiva do crédito tributário, que somente pode ser interrompido pela propositura da ação, ordem de citação ou própria citação, conforme o caso.

As anuidades profissionais são devidas a partir de janeiro de cada ano, devendo ser pagas até 31 de março subsequente, sob pena de multa moratória (artigo 22, § 1º, da Lei nº 3.820/60).

Em consonância com a jurisprudência consolidada, tem decidido esta Turma, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes precedentes:

- AC nº 2008.61.05006169-0, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO - COBRANÇA DE ANUIDADES - PRESCRIÇÃO. 1. O art. 174 do CTN dispõe que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 2. Trata-se de cobrança relativa a anuidades devidas ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo - CREA/SP, referentes aos anos de 2002 e 2003, cuja exigibilidade deu-se, respectivamente, em mar/02 e mar/03 (fls. 03). A partir destas datas, com a constituição dos valores, teve início o prazo prescricional para a propositura do executivo fiscal. 3. No presente caso, foi a execução fiscal ajuizada após o início da vigência da LC 118/05. Portanto, com relação à interrupção do prazo prescricional, não incide na hipótese, de acordo com o entendimento desta Turma, o disposto na Súmula 106 do STJ, mas sim a nova redação dada ao art. 174, § único, inciso I, do CTN. 4. Da análise dos autos, todavia, verifica-se que os valores em execução já haviam sido atingidos pela prescrição quando do ajuizamento do feito, pois ocorrido este em 17/06/2008. 5. Improvimento ao apelo."

- AC nº 2008.61.05006187-2, Rel. Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, DJF3 de 13/01/2009: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CREA. COBRANÇA DE ANUIDADE. PRESCRIÇÃO CONSUMADA. 1. O artigo 174 do CTN dispõe que "a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva". 2. No caso em estudo, a constituição definitiva dos créditos deu-se em março de 2002 e março de 2003, em consonância com o disposto no § 2º do artigo 63 da Lei nº 5.194/1966. 3. Trata-se de execução fiscal ajuizada na vigência da Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, a qual alterou o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, devendo-se, portanto, considerar como termo final para contagem do prazo prescricional a data do despacho que ordenou a citação. 4. Todavia, no caso vertente, não foi proferido o despacho

ordinatório da citação, o que torna impossível adotá-lo como termo final do prazo prescricional. 5. Por outro lado, a prescrição já havia se operado antes mesmo da propositura da execução, pois das datas de constituição dos débitos (março de 2002 e março de 2003) até a data do ajuizamento da execução (17 de junho de 2008) transcorreu prazo superior a cinco anos. 6. Não se aplica ao caso a regra contida no § 3º, do artigo 2º, da Lei 6.830/1980 - que trata da suspensão da prescrição pelo prazo de 180 dias, pois a prescrição é norma geral em matéria tributária, que deve ser regulada por lei complementar, conforme artigo 146, inciso III, letra "b", da CF/1988, e que se encontra disciplinada pelo artigo 174 do CTN, o qual não prevê hipótese de suspensão. 7. Apelação a que se nega provimento."

Na espécie, os vencimentos ocorreram em **março/2000**, **março/2001** e **março/2002**, ao passo que a ação de execução fiscal foi proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **26.11.04** (f. 02), dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição. Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação, a fim de afastar a prescrição, determinando o prosseguimento da execução fiscal.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00062 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0036547-98.2000.4.03.6182/SP

2000.61.82.036547-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
PARTE AUTORA : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
PARTE RÉ : CONTINENTES SISTEMAS ESTRATEGICOS DE SEGURANCA LTDA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00365479820004036182 5F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de remessa oficial, em execução fiscal, em face de sentença que, depois de concedida oportunidade para manifestação da Fazenda Nacional, declarou, de ofício, a prescrição, com a extinção do processo, nos termos dos artigos 156, V, e 174 do Código Tributário Nacional.

A Fazenda Nacional deixou de recorrer da r. sentença, sustentando a ocorrência da prescrição intercorrente, consumada em razão do arquivamento dos autos por mais de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 40 da LEF.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "**DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.** 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. *Apelação desprovida.*"

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.** 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Na espécie, não restou demonstrada a data da entrega da DCTF, mas consta dos autos a prova de que os vencimentos dos tributos ocorreram entre **28.02.94** e **31.05.95**, tendo sido a própria execução fiscal proposta antes da vigência da LC nº 118/05, mais precisamente em **15.06.00**, quando, porém, já havia decorrido o quinquênio, de tal modo a justificar, portanto, o reconhecimento da prescrição.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00063 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034343-81.2000.4.03.6182/SP
2000.61.82.034343-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : VOLUSIA APARECIDA SALES ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C
No. ORIG. : 00343438120004036182 5F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em execução fiscal, em face de sentença que, depois de concedida oportunidade para manifestação da Fazenda Nacional, declarou, de ofício, a prescrição, com a extinção do processo, nos termos dos artigos 156, V, e 174 do Código Tributário Nacional.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma, que não ocorreu a prescrição, vez que: (1) não ocorreu a prescrição, pois a constituição do crédito em cobrança ocorreu em 19.05.97, com a entrega da declaração nº 0970840000340, e a ação foi proposta em 13.06.00, antes do término do quinquênio; (2) houve demora na citação em virtude da determinação de arquivamento do processo, sem sequer realizar a tentativa de citação do executado, deixando de observar o artigo 7º, I, da LEF, que determina que o juiz ao receber a petição inicial deverá determinar a sua citação; (3) tem aplicação no caso concreto a Súmula nº 106/STJ; (4) não ocorreu a prescrição intercorrente, pois não foi regulamentemente intimada da decisão de suspensão do feito, pois feita por mandado de intimação coletivo; e (5) "*foi determinado o arquivamento do feito, nos termos do art. 20, da MP 1973-63. Em nenhum momento se deu a suspensão*"

ou o arquivamento, nos termos do art. 40 da LEF. Não sendo respeitado o rito legal, nem mesmo foi iniciado o curso do prazo da prescrição intercorrente".

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

1. Prescrição material

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Na espécie, restou demonstrada que a DCTF foi entregue em **19.05.97** (f. 37), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **13.06.00** (f. 02), dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

Embora improcedente a prescrição material, houve prescrição intercorrente a justificar que seja mantida a r. sentença de extinção do executivo fiscal, ainda que por fundamento distinto.

2. Prescrição intercorrente

Sobre a matéria, cabe salientar que a edição da Lei nº 11.051/04 revela a consolidação, agora legislativa, da repulsa à tese fazendária da imprescritibilidade dos débitos fiscais, em consonância com o que assentado pela própria jurisprudência à luz do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

- **RESP nº 949.932, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU de 26/10/07, p. 354: "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPRESCRITIBILIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 40 DA LEF. INTERPRETAÇÃO. HARMÔNIA COM O CTN. PARÁGRAFO 4º DO ART. 40. APLICAÇÃO TEMPORAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. 1. O § 3º do art. 40 da Lei 6.830/80 não pode ser interpretado para tornar imprescritível a execução do crédito tributário, mas deve ser harmonizado com o preceito do art. 174 do CTN. 2. Atualmente, é possível o reconhecimento da prescrição de ofício pelo magistrado, depois de ouvida a Fazenda Pública, com base no § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, dispositivo que serviu de fundamento para o acórdão recorrido. 3. A aplicação temporal do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 não foi analisada pela Corte de origem. Prequestionamento ausente, com incidência da Súmula 282/STF. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido."**

- **AGRESP nº 617.870, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 28.02.05, p. 221: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES RECEPCIONADAS COM STATUS DE LEI COMPLEMENTAR - PRECEDENTES. 1. O artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis. Isto porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, "b" da CF. 2. Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente é conspirar contra os princípios gerais de direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça. 3. Agravo Regimental desprovido."**

- **RESP nº 502.917, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJU de 18.10.04, p. 220: "RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C". TRIBUTÁRIO, EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ARQUIVAMENTO. DECURSO DE CINCO ANOS. INÉRCIA DO EXEQÜENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ITERATIVOS PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83 DO STJ. É cediço o entendimento jurisprudencial no sentido de que o "art. 40 da Lei 6.830/80 deve ser interpretado em sintonia com o art. 174/CTN, sendo inadmissível estender-se o prazo prescricional por tempo indeterminado" (REsp 233.345/AL, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 06.11.00). Constatado que permaneceu o exeqüente inerte por mais de cinco anos após o término do prazo de arquivamento do feito, o ínclito juiz, acertadamente, a requerimento do curador especial, determinou a extinção do processo em vista da ocorrência da prescrição intercorrente. Recurso especial improvido."**

Mesmo no arquivamento por valor ínfimo da execução fiscal (artigo 20 da Lei nº 10.522/02), de que se trata na hipótese dos autos, a prescrição deve ser decretada de ofício, com base na mesma jurisprudência firmada à luz do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, mesmo porque o que orienta a interpretação consolidada é o princípio fundamental de que não existem débitos imprescritíveis. Tal princípio tem aplicação mesmo quando a execução fiscal não prossegue por impedimento alheio à vontade da exeqüente (devedor em local incerto ou inexistência de bens penhoráveis); e, por isso mesmo, não pode deixar de incidir na situação em que a execução fiscal restou paralisada por desinteresse da Fazenda Nacional, em função do valor reduzido ou irrisório dos débitos fiscais. Além do mais, se a falta de localização do devedor e de bens, mesmo quanto a débitos de valor expressivo, permite seja decretada de ofício a prescrição, com maior autoridade, fundamento e razão impõe-se o reconhecimento da prescritebilidade dos débitos fiscais de valor reduzido ou irrisório, cuja execução revelou-se desinteressante à própria exeqüente, ao requerer o seu arquivamento, sem qualquer diligência ou andamento no curso do quinquênio.

Os princípios da celeridade e da eficiência da Administração Pública são cobrados diante de situações como a presente, em que a suspensão perdura por tempo alongado, no interesse do próprio Fisco que, portanto, não pode invocar o direito à imprescritebilidade da dívida, pois é a sua inércia, por falta de interesse econômico na execução, que acarreta a paralisação processual e, portanto, cumpre-lhe arcar com a sanção respectiva, justamente a prescrição.

Tal orientação encontra-se firmada na jurisprudência, especialmente desta Turma, como revela, entre outros, os seguintes acórdãos:

- **AC nº 1999.61.06000458-4, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU de 25/10/2006: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARTIGO 40, § 4º, DA LEI Nº 6.830/80, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 11.051/04. RECURSO DESPROVIDO. 1. O quinquênio prescricional decorreu integralmente desde a interrupção fundada no artigo 174 do CTN, e mesmo se considerado como termo inicial o arquivamento requerido, sem que houvesse, desde quando paralisado o feito, qualquer efetiva providência da exeqüente no sentido da retomada da execução fiscal, revelando, assim, inércia decorrente do seu próprio desinteresse em movimentar a máquina judiciária para cobrar os débitos fiscais reputados de valor reduzido, irrisório ou antieconômico. 2. Nem se alegue que a prescrição encontra-se suspensa, por força do artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.569/77, pois o arquivamento, na espécie, tem como fundamento legal outro preceito específico, fundado em medida provisória, sucessivamente reeditada, e convertida nos termos da Lei nº 10.522/02, cujo artigo 20, aplicável ao caso em exame, não prevê causa de suspensão nem de interrupção da prescrição, matéria que, de resto, na vigência da atual Constituição Federal, não poderia mesmo ser objeto de lei ordinária. 3. Tal jurisprudência foi firmada à luz do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, o que não impede, porém, a sua aplicação ao caso de arquivamento fundado no valor reduzido ou irrisório da ação executiva (artigo 20 da Lei nº**

10.522/02), mesmo porque o que orienta a interpretação consolidada é o princípio fundamental de que não existem débitos imprescritíveis. 4. Precedentes: agravo inominado desprovido."

- AC nº 2007.03.99043212-2, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 02/12/2008: "EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARTIGO 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. ARTIGO 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.110/95 - VALOR IRRISÓRIO (PREVISÃO ATUAL NA LEI Nº 10.522/02). 1. A prescrição intercorrente se configura quando, a partir do ajuizamento da ação, o processo permanecer parado por período superior a cinco anos (prazo previsto no art. 174 do CTN), com inércia exclusiva da exequente. 2. Verificação dos autos que, após pedido efetuado pela exequente (fls. 20), o d. Juízo determinou o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, nos termos do art. 18 da Medida Provisória 1.110/95, em despacho datado de 03/10/95, com ciência ao Procurador da Fazenda Nacional em 05/10/95 (fls. 23). Os autos foram remetidos ao arquivo em 18/10/95. 3. À ausência de novas diligências da União no feito e diante do considerável lapso em que os autos ficaram arquivados, foi determinada manifestação fazendária acerca da possível ocorrência do instituto prescricional no feito em 17/11/06, sendo que o representante da apelante teve vista dos autos em 06/12/06 (fls. 27). 4. Após a manifestação da Fazenda, o d. Juízo proferiu a r. sentença, reconhecendo, de ofício, a prescrição intercorrente. 5. Na hipótese dos autos, foi determinado o arquivamento em virtude do baixo valor da execução fiscal, com fundamento no art. 18 da Medida Provisória 1.110/95 (atualmente convertida na Lei 10.522/02). Esta norma, de fato, não possui disposição específica autorizando o reconhecimento da prescrição intercorrente, ao contrário dos casos regidos pelo art. 40 da Lei das Execuções Fiscais. Cumpre ponderar, todavia, que, embora não haja previsão específica para reconhecimento da prescrição nos arquivamentos de débitos fiscais de valores reduzidos, no presente caso revela-se claro o desinteresse da Fazenda Pública no feito, que restou paralisado por período superior a cinco anos. Desta forma, correta a decisão do d. Juízo, reconhecendo de ofício a ocorrência da prescrição intercorrente. Entendimento oposto - no sentido de que a partir do arquivamento fundado no art. 20 da Lei nº 10.522/02 não correria o prazo prescricional - poderia resultar na imprescritibilidade das dívidas fiscais de pequeno valor. Ademais, conduziria à inaceitável conclusão de que tal dispositivo legal estaria criando uma nova causa interruptiva da prescrição, matéria esta reservada, de acordo com o atual ordenamento jurídico do País, às leis complementares. 6. Precedente desta Turma. 7. Apelação improvida."

O Superior Tribunal de Justiça definiu, em recentes precedentes, que o arquivamento de executivos fiscais de valor irrisório, na hipótese do artigo 20 da Lei nº 10.522/02, sujeita-se à prescrição, não se suspendendo o respectivo curso, a teor do que comprova o seguinte julgado:

- AGA nº 950.208, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 17/04/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA. 1. Não fica suspenso o lapso prescricional nos casos de arquivamento da execução fiscal sem baixa na distribuição em face do valor irrisório, por inexistir disposição nesse sentido. 2. Agravo regimental não provido."

Nem se alegue que a prescrição encontra-se suspensa, por força do artigo 5º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.569/77, pois o arquivamento, na espécie, tem como fundamento legal outro preceito específico, fundado em medida provisória, sucessivamente reeditada, e convertida nos termos da Lei nº 10.522/02, cujo artigo 20, aplicável ao caso em exame, não prevê causa de suspensão nem de interrupção da prescrição, matéria que, de resto, na vigência da atual Constituição Federal, não poderia mesmo ser objeto de lei ordinária.

Na espécie, consta dos autos que a Fazenda Nacional teve ciência do arquivamento em **22.09.00** (f. 06), permanecendo os autos paralisados até **07.10.09** (f. 08), quando foi aberta vista para a exequente manifestar-se sobre a prescrição, comprovando, de forma cabal, a inércia processual da exequente por tempo suficiente para impor a extinção do crédito tributário na sua integralidade.

Nem se alegue, por fim, que teria aplicação, no caso concreto, a Súmula nº 106/STJ para afastar a prescrição intercorrente, uma vez que o feito não ficou paralisado por culpa do Judiciário, e sim, por inércia exclusiva da exequente, como supramencionado, além do que o enunciado é pertinente apenas com a prescrição material.

Como se observa, embora não tenha havido prescrição material, houve a intercorrente, em conformidade com a consolidada jurisprudência, a inviabilizar, de forma manifesta, a pretensão fazendária de reforma da r. sentença.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00064 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0540201-07.1998.4.03.6182/SP
1998.61.82.540201-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : MARBELLA COM/ IMP/ E EXP/ LTDA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05402010719984036182 2F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que, em execução fiscal, declarou, de ofício, a prescrição material, com a extinção do processo, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma, que: (1) no momento de entrega da Declaração de Rendimentos constitui-se o crédito tributário ora executado, o que ocorreu na data de 31.05.94; (2) ingressou com a execução fiscal em 15.04.98, portanto, antes de decorridos cinco anos da constituição do crédito; (3) em 20.07.98 foi proferido o r. despacho judicial determinando a citação do devedor, interrompendo, portanto, o curso prescricional, nos termos do artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80 e do parágrafo único, inciso I, do artigo 174 do CTN; (4) tem aplicação no caso concreto a Súmula nº 106/STJ; e (5) não se verificou a prescrição intercorrente, pois não foi observado o procedimento previsto no artigo 40 e parágrafos, da LEF.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a propósito, considerando que houve exame de prescrição material e não da intercorrente, cabe considerar que é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DTCF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1.Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução

ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Na espécie, restou demonstrado que a DCTF foi entregue em **31.05.94** (f. 68), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **15.04.98** (f. 02), dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para desconstituir a r. sentença, afastando a prescrição material decretada, sem prejuízo, no entanto, do eventual exame da ocorrência da prescrição intercorrente, observadas as exigências legais específicas, inclusive a da prévia manifestação da exequente.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00065 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001194-73.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.001194-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : ODARA PRODUCOES LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ RICARDO LEMES DA SILVA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 24 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00011947320054036100 24 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação e remessa oficial, em ação proposta com o objetivo de garantir à contribuinte o direito a continuar enquadrada no regime tributário especial, denominado de SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Alegou a autora, em suma, que: (1) sua atividade profissional não se amolda às vedações impostas pelo inciso XIII, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, destacando que a expressão "ou a elas assemelhadas" infringe o princípio da segurança jurídica; e (2) a exclusão, com efeitos retroativos, imposta pelo Ato Declaratório Executivo nº 471/03, infringe preceitos legais e constitucionais.

A r. sentença julgou procedente o pedido, fixada a verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma, que: (1) a exclusão em comento está prevista no inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, razão pela qual a r. sentença, ao possibilitar a reinclusão da contribuinte no SIMPLES, feriu o princípio da separação dos poderes; (2) as leis e os atos do Poder Público trazem consigo a presunção de constitucionalidade; (3) a autora não foi contemplada pelas exceções às vedações trazidas pela Lei nº 10.034/00; e (4) a verba honorária deve ser fixada nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

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

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, sobre a validade constitucional da vedação contida no artigo 9º, especificamente no inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.643 (Lei nº 9.317/96):

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. 'SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. SIMPLES'. LEI Nº 9.317, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1996. PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL. 1. Há pertinência temática entre os objetivos estatutários da Confederação Nacional das Profissões Liberais e a lei

questionada, que instituiu o 'Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.' 2. Ainda que classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte porque a receita bruta anual não ultrapassa os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não podem optar pelo 'Sistema SIMPLES' as pessoas jurídicas prestadoras de serviços que dependam de habilitação profissional legalmente exigida. 3. Medida liminar indeferida." (g. n.)

Na espécie, o contrato social da autora (f. 31), em seu item "3", dispõe que a sociedade terá como objetivos sociais "a produção de cenários, serviços de produção, distribuição, exibição, comercialização, divulgação e manipulação fotográficos, áudio-visuais, artes gráficas e artes manuais em geral", situação que se insere à vedação imposta às prestadoras de serviços profissionais de empresário, diretor ou produtor de espetáculos e publicitário.

Neste sentido, o seguinte precedente desta Turma:

- AC nº 2005.61.00.0004802-0, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJF3 de 26.05.09, p. 193: "**ACÇÃO CIVEL - SIMPLES -- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM PRODUÇÃO DE FILMES E FITAS DE VÍDEO - ART. 9º, XIII, ART. 15 E 16 LEI N.º 9.317/96 - EXCLUSÃO - TERMO INICIAL DA EXCLUSÃO I - Cuida-se de apelação em ação pela qual a autora requer seja assegurada a anulação do Ato Declaratório de Exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições - SIMPLES nº 471.594/2003, bem como a declaração de inexistência de relação jurídica tributária que exija da autora a tributação pelo Lucro Presumido. 2 - A Lei n.º 9.317/96 tem o escopo de incentivar as atividades das pessoas jurídicas, consistentes em microempresas e empresas de pequeno porte, com a adequação da carga tributária, mais simplificada. A mens legis do óbice desses profissionais acima relacionados reside no fato que dispensam uma tutela diferenciada, mais fomentadora, do Estado. 3 - Esse sistema de tributação, ao simplificar os mecanismos contábeis vinculados às obrigações fiscais das pequenas e microempresas, estabeleceu como condição para que a empresa usufrua do benefício, além do critério quantitativo vinculado à sua receita bruta, um outro critério, qualitativo, relacionado a sua atividade econômica. 4 - Compulsando os autos verifica-se que a autora, ora apelante, informa ter sido excluída do simples pela Receita Federal em 7/8/2003, pelo Ato Declaratório nº 471.594 com efeitos retroativos a data de 1/5/2002 (fl.18), por exercer atividade econômica vedada (contrato acostado às folhas 14/17, de 21/3/2002, indica o objetivo social como sendo a produção de cenários, serviços de produção, distribuição, exibição, comercialização, divulgação e manipulação fotográficos, áudio-visuais, artes gráficas e artes manuais em geral. 5 - Em sua contestação, a União esclarece que a exclusão deu-se devido às atividades exercidas pela autora, que presta serviços profissionais de publicidade - atividade vedada pela Lei 9.317/92, art.9º, inc.XIII. Sendo os efeitos da exclusão previstos nos artigos 15 e 16 do mesmo diploma legal. 6 - O art. 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/1996 impede a opção pelo SIMPLES das seguintes pessoas jurídicas: 'XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida; (Vide Lei 10.034, de 24.10.2000)' 7 - Com relação ao termo inicial da exclusão, deve ser aplicado o efeito prospectivo, a partir do mês seguinte ao do ato declaratório (na espécie: setembro/03), nos termos do inciso II, do artigo 15, da Lei nº 9.317/96. 8 - Dada a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários proporcionalmente, nos termos do art.21 do Código de Processo Civil, que fixo em R\$ 500,00. 9 - Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença apenas quanto ao termo inicial da exclusão, para surtir efeitos a partir do mês subsequente ao Ato Declaratório."**

Outros Regionais não discrepam de tal solução:

- AMS nº 2003.35.00.017267-5, Rel. Des. Fed. CATÃO ALVES, e-DJF1 de 11.04.08, p. 297: "**TRIBUTÁRIO - EMPRESA PROMOTORA DE EVENTOS DE QUALQUER NATUREZA E PRESTADORA DE SERVIÇOS TÍPICOS DE PUBLICITÁRIO - OPÇÃO PELO SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE. 1 - Não dependendo a atividade executada em empresa que se dedica à organização de festas de habilitação profissional legalmente exigida, não está submetida à vedação legal constante do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, inexistindo óbice à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES de empresa que a exerça. 2 - Empresa, cujas atividades vão além da mera realização de festas, incluindo organização de exposições, feiras, mostras e eventos de qualquer natureza, edição, distribuição e comercialização de jornais, revistas, catálogos, publicações periódicas em geral e congêneres, nacionais ou estrangeiros, e, ainda, prestação de serviços de promoção, divulgação e distribuição relacionados com a área cultural e realização de projetos culturais nas áreas de pesquisas e museus, com vendas de ingressos, está inserida entre as prestadoras de serviços profissionais de empresário, diretor ou produtor de espetáculos e publicitário, pormenor que a impede de, legalmente, optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte-SIMPLES. 3 - Apelação provida. 4 - Remessa Oficial prejudicada. 5 - Sentença reformada."**

- AG nº 2007.02.01.015102-5, Rel. Des. Fed. LUIZ ANTONIO SOARES, DJU de 30.01.09, p. 139: "**TRIBUTÁRIO - INSCRIÇÃO NO SIMPLES - LEI 9.317/96 - ART. 9º, XIII - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NAS ÁREAS DE PRODUÇÃO, PROMOÇÃO, DIVULGAÇÃO E PROGRAMAÇÃO DE AUDIO-VISUAIS - VEDAÇÃO EXPRESSA. TERMO INICIAL. ART. 15 DA LEI Nº 9.317/96. 1- O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e**

Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES foi instituído pela Lei n.º 9.317/1996, com base em disposição contida no artigo 179 da Constituição Federal de 1988, que prevê tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte 'visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei'. 2- Para fazer jus ao sistema diferenciado de pagamento de tributos, deve a empresa ter receita bruta anual que não ultrapasse os limites fixados no art. 2º, incisos I e II, da Lei n.º 9.317 e, ainda, não estar incluída no inciso XIII do artigo 9º, que assim dispõe: 'Art. 9º - Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica: (...); XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtos de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistemas, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida'. (nosso grifo) 3- A atividade desenvolvida pela agravante requer determinado conhecimento técnico, exige específica habilitação dos profissionais que desempenharão sua atividade fim, estando o ato praticado pela administração revestido de legalidade. 4-O Supremo Tribunal Federal, inclusive, no julgamento da ADIN n.º 1643-1, já se manifestou no sentido de que a exclusão do sistema do SIMPLES das sociedades civis de prestação de serviços profissionais não afronta o art. 179 da Constituição Federal de 1988, nem ao princípio constitucional da isonomia. 5- Em relação à alegação da agravante de que a exclusão somente deveria surtir efeitos a partir da data da ciência da decisão da solicitação de revisão, ou seja, a partir de 2005, esta não deve prosperar, haja vista que os efeitos da exclusão ocorreram a partir de 01/01/02, conforme artigo 15 da Lei n.º 9.317/96. 6- Agravamento de instrumento conhecido e desprovido."

Com relação à retroatividade dos efeitos do ato declaratório de exclusão da contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, cumpre destacar que ao termo inicial da exclusão deve ser aplicado o efeito prospectivo, a partir do mês seguinte ao do ato declaratório (na espécie: setembro/03), nos termos do inciso II, do artigo 15, da Lei n.º 9.317/96, com a redação dada pela Lei n.º 11.196/2005, que enuncia a impossibilidade de aplicação da exclusão do regime com efeitos retroativos, *verbis*:

"Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

...

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;"

Neste sentido, os seguintes precedentes:

- AG n.º 2004.03.00.003176-0, Relator Des. Fed. LAZARANO NETO, DJU de 17.09.04, p. 731: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EMPRESAS INCLUÍDAS NO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES). EXCLUSÃO. PRETENSÃO DA AGRAVANTE. COBRANÇA DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES NO SISTEMA NORMAL COM EFEITOS RETROATIVOS À DATA ANTERIOR À EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 15, II E 16 DA LEI Nº 9.317/96. 1. Uma vez que as agravadas estavam regularmente incluídas no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) procedendo a arrecadação de exações conforme preconizado no mencionado sistema, torna-se ilegítima a pretensão do agravante de cobrar-lhe tributos e contribuições no sistema normal retroativo à data da exclusão. 2. A situação jurídica criada pelo ato estatal no sentido de admitir a inscrição das impetrantes, ora agravadas, no simples deve ser mantida até o momento da exclusão, quando verificou-se não mais estarem presentes os requisitos exigidos para a permanência no simples. Aplicação dos artigos 15, inciso II e 16, da Lei n.º 9.317/96. 3. Agravamento Improvido."

- AMS Nº 2005.71.00.012072-0, Relator DIRCEU DE ALMEIDA SOARES, DJU de 08.11.06, p. 389: "MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES. EXCLUSÃO. TERMO INICIAL. ARTIGO 15 DA LEI Nº 9.317/96. 1. Prescreve o artigo 15 da Lei n.º 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, que a exclusão do SIMPLES, nas condições de que tratam os artigos 13 e 14, surte efeito a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º. Entendo, contudo, que tal norma não tem aplicação nos casos em que não há fato superveniente a respaldar a exclusão, como nas hipóteses em que ocorre com base no objeto social do contribuinte que não sofreu alterações desde a sua constituição. 2. O SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Tributos - constitui incentivo fiscal e é faculdade do contribuinte que, aderindo, deve fazê-lo de acordo com as condições impostas. 3. Se a autoridade administrativa admitiu o ingresso do contribuinte no sistema, a despeito do seu objeto social expressamente consignado em seus atos constitutivos, não lhe é dado excluir-lo, posteriormente, com efeitos retroativos, ainda mais se já transcorrido tempo razoável. 4. Sem condenação em honorários, nos termos das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF."

- AMS n.º 2004.72.08.001949-3, Relator ANTONIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA, DJU de 11.05.05, p. 361: "TRIBUTÁRIO - EXCLUSÃO DO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E

CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES - SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE MÁQUINAS DE ESCRITÓRIO E DE INFORMÁTICA - ACEITAÇÃO NO SISTEMA PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA - POSTERIOR EXCLUSÃO - EFEITOS RETROATIVOS - INADMISSIBILIDADE. 1- Se a empresa, quando optou pelo SIMPLES, já exercia atividade impeditiva à opção, a hipótese não seria de exclusão e sim de indeferimento da opção. Se a opção foi admitida, tem-se ato administrativo revestido da presunção de legitimidade, que só pelos meios próprios poderá ser desconstituído. 2- Hipótese em que não ocorreu mudança no ramo de negócios da contribuinte. O que mudou foi a qualificação jurídica dada pela autoridade administrativa a sua atividade comercial, que passou a ter como assemelhada a alguma daquelas relacionadas no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96. Se essa virada hermenêutica pudesse ser aplicada no passado, importaria em operar efeitos, também, sobre lançamentos pretéritos, em franca ofensa ao art. 146 do CTN e à Súmula 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispunha: A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento. 3- Ainda que legítima fosse a exclusão da contribuinte e seu efeito retroativo, esse ato já estaria superado pela norma legal superveniente (art. 4º da Lei nº 10.964/2004, com a redação dada pela Lei nº 11.051/2004), que obriga a Fazenda a reincluir a empresa que presta serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática regime simplificado."

- AC nº 2001.70.00.024084-4, Relatora Des. Fed. MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, DJU de 13.10.04, p. 402: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SIMPLES. EXCLUSÃO. RETROAÇÃO DOS EFEITOS. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PARCELAMENTO. MULTA. CONFISCATÓRIA. 1. Com razão a exclusão da parte do SIMPLES e cobrança dos débitos em aberto. Tendo em vista que a parte embargante presta serviços de engenharia, conforme leitura de seu contrato social e dos documentos constantes nos autos, não poderia ter ingressado no SIMPLES. 2. Como o artigo 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, expressamente estabelece que a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES, surtirá efeito a partir do mês subsequente àquele em que for concretizada a situação excludente, deve ocorrer apenas a exclusão de um dos meses do débito. 3. Como o ingresso da parte embargante no SIMPLES foi desde o princípio indevido, tendo em vista a existência de vedação legal, a partir do mês seguinte ao seu ingresso é lícita a cobrança daqueles tributos indevidamente recolhidos. 4. A simples confissão da dívida com pedido de parcelamento não configura denúncia espontânea de que trata o art. 138 do CTN. (Súmula 208). 5. O parcelamento do débito não equivale a pagamento, uma vez que o pagamento somente se dará com a quitação, isto é, com a satisfação integral do débito. Afastando-se, assim, a aplicação do benefício da denúncia espontânea. 6. A multa aplicada está expressa em lei, não podendo o juiz, por critério subjetivo de justiça, alterar o percentual da mesma, uma vez que se trata de tarefa legislativa."

Em face da solução acima explicitada, reconhece-se a sucumbência recíproca, com fundamento no artigo 21, caput, do Código de Processo Civil, dada a procedência parcial do pedido, sem decaimento mínimo de qualquer das partes, arcando cada qual delas com os respectivos honorários advocatícios, rateadas as custas.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00066 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039627-16.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.039627-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : ROBERVAL MASSARO
ADVOGADO : JERONYMO BELLINI FILHO
INTERESSADO : JUNIOR LIMEIRA CONFECOES LTDA
No. ORIG. : 00.00.00211-0 1 Vr LIMEIRA/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, em embargos à execução, acolhidos para efeito de anular a penhora, incidente sobre imóvel, reconhecido como bem de família, fixada a verba honorária em 10% do valor da execução devidamente corrigido.

Apelou a embargada, alegando em suma, que: (1) o embargante não provou que o imóvel penhorado tem a configuração legal de bem de família; e (2) é devida a exclusão ou, quando menos, a redução da verba honorária.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o artigo 1º da Lei nº 8.009/90 define que o "*imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários ou nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.*"

A penhora somente pode recair sobre imóvel residencial quando se tratar de execução relativa aos créditos especificados no artigo 3º, ou na situação descrita nos artigos 4º e 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, o que não é o caso dos autos.

Cumprе ressaltar, outrossim, que a correta interpretação do texto legal revela que a impenhorabilidade deve atingir o imóvel em que, efetivamente, reside a entidade familiar (caput do artigo 5º da Lei nº 8.009/90), ainda que outros sejam de propriedade do executado, caso em que ficam, estes outros, liberados para a penhora, com a ressalva de que, em sendo vários os utilizados simultaneamente como residência, o benefício do artigo 1º incide apenas sobre aquele de menor valor, se não houver registro de destinação, em sentido contrário, no Cartório de Imóveis (parágrafo único do artigo 5º).

Na espécie, existem elementos suficientes para a conclusão de que o imóvel penhorado (matrícula 9.342, localizado na rua Frederico Tetzner Sobrinho, 20 - Vila Cristovam - Limeira - SP), tem natureza residencial, e efetivamente constitui a morada do executado e sua família, conforme documentos constantes nos autos (f. 07/10-v), sem que a apelante produzisse qualquer prova em contrário, sendo que, além disso, o devedor foi ali localizado e intimado da penhora e do prazo para embargos (f. 39, do apenso), corroborando a conclusão de que o imóvel goza da prerrogativa legal da impenhorabilidade.

A execução fiscal, com a penhora nela efetivada, é promovida no interesse da FAZENDA NACIONAL, de modo que o reconhecimento judicial da ilegalidade da constrição, por meio de embargos para tal fim opostos, não pode romper com a relação de causalidade que conduz à responsabilidade processual da exequente, salvo hipótese excepcional em que demonstrada a exclusiva culpa ou dolo dos executados, o que não ocorreu no caso concreto, razão pela qual deve ser mantida a condenação em verba honorária.

A propósito, assim tem reiteradamente decidido a Corte, a teor do que revela o seguinte precedente, dentre outros:

- AC nº 2006.61.82.021399-0, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 de 27.10.2009, p. 101: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS À PENHORA. IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA . LEI Nº 8.009/90. SUCUMBÊNCIA. A penhora somente pode recair sobre imóvel residencial quando se tratar de execução relativa aos créditos especificados no artigo 3º, ou na situação descrita nos artigos 4º e 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, o que não é o caso dos autos. A correta interpretação do texto legal revela que a impenhorabilidade deve atingir o imóvel em que, efetivamente, reside a entidade familiar (caput do artigo 5º da Lei nº 8.009/90), ainda que outros sejam de propriedade do(a) executado(a), caso em que ficam, estes outros, liberados para a penhora, com a ressalva de que, em sendo vários os utilizados simultaneamente como residência, o benefício do artigo 1º incide apenas sobre aquele de menor valor, se não houver registro de destinação, em sentido contrário, no Cartório de Imóveis (parágrafo único do artigo 5º). Caso em que as provas conduzem à evidência de que o imóvel penhorado constitui residência familiar do executado, sem que elementos de convicção, em sentido contrário e suficientes para tanto, tenham sido produzidos pela embargada. (...)."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial, tida por submetida.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00067 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0042605-63.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.042605-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : FAZENDA MUNICIPAL DA ESTANCIA BALNEARIA DE PERUIBE SP
ADVOGADO : MANOEL FERNANDO VICTORIA ALVES
APELADO : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP
ADVOGADO : ANA CRISTINA PERLIN ROSSI
No. ORIG. : 09.00.00009-5 A Vr PERUIBE/SP
DESPACHO

Baixem os autos ao Juízo de origem para regular processamento do recurso de f. 69/75.
Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00068 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031308-59.2010.4.03.9999/MS
2010.03.99.031308-9/MS

APELANTE : Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado de Mato Grosso do Sul CREA/MS
ADVOGADO : DIOGO MARTINEZ DA SILVA
APELADO : MUNICIPIO DE CASSILANDIA MS
ADVOGADO : ALTAIR LEONEL DA SILVA
No. ORIG. : 05.00.00560-6 2 Vr CASSILANDIA/MS

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença, proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Cassilândia/MS, julgando procedente o pedido formulado pelo Município, em ação declaratória de nulidade de autos de infração e multas impostas pelo CREA - Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, por suposta infração ao artigo 6º, alínea "e", da Lei nº 5.194/66, consistente na ausência de registro da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, referente à avaliação técnico imobiliária, para efeito de cominação do ITBI - Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, por considerar tal ato privativo de engenheiro.

Remetidos os autos ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, foi determinada a sua remessa a esta Corte, por considerar que a matéria versada "*somente foi processada e julgada em primeiro grau de jurisdição na Justiça Estadual, por força do que determina o § 3º do inciso XI do art. 109 da CF*".

DECIDO.

Preliminarmente, verifica-se que não se trata de ação que, por sua natureza, permita a delegação da jurisdição federal ao Juízo de Direito que a processou e julgou (artigo 109, § 3º, CF, e artigo 15 da Lei nº 5.010/66).

Certo, assim, que, na hipótese, o Juízo de Direito atuou, não por delegação de jurisdição federal, mas no exercício de competência considerada própria, processando e julgando a ação proposta. Ora, em assim sendo, a competência para a revisão da r. sentença não é deste Tribunal Regional Federal, mas do respectivo Tribunal Estadual, a que vinculado o Juízo de Direito, em causas da espécie.

Neste sentido, a jurisprudência consolidada na Súmula 55 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "**Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal.**"

Ainda que se cogite de eventual interesse da UNIÃO FEDERAL ou de qualquer dos seus entes, para efeito de deslocar a competência para o processamento e julgamento da ação para a Justiça Federal, é certo que não seria o Tribunal Regional Federal competente para anular a sentença proferida por Juiz Estadual, mas sim o Tribunal Estadual, conforme elucidado.

Ante o exposto, presente a incompetência absoluta deste Tribunal Regional Federal para a revisão da r. sentença, declino da competência em favor da Justiça Estadual, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, com baixa na distribuição e demais anotações.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
CARLOS MUTA
Desembargador Federal

00069 CAUTELAR INOMINADA Nº 0032980-29.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.032980-3/MS

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
REQUERENTE : TRANSAMERICA TERCEIRIZACAO DE SERVICOS GERAIS LTDA
ADVOGADO : JULIANA ZAFINO ISIDORO FERREIRA MENDES
REQUERIDO : Universidade Federal de Mato Grosso do Sul UFMS
ADVOGADO : VALDEMIR VICENTE DA SILVA
PARTE RE' : PNS COM/ E CONSTRUCAO LTDA e outro

: MANFORTH IND/ E COM/ LTDA -ME
ADVOGADO : MARCO ANTONIO NOVAES NOGUEIRA e outro
No. ORIG. : 00075277420104036000 1 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de medida cautelar originária, com pedido de liminar, requerida para *"instituir o efeito suspensivo ao Recurso de Apelação interposto no Mandado de Segurança n° 0007527-74.2010.403.6000"* e *"seja reiterado a determinação de suspensão e/ou cancelamento de qualquer procedimento de adjudicação do objeto e da homologação dos procedimentos referente ao lote/Grupo 1 e lote/Grupo 2 da licitação"*.

Consta dos autos que a FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL publicou o edital de licitação, modalidade Pregão Eletrônico (PREGÃO ELETRÔNICO - SRP n° 82/2010) para o Sistema de Registro de Preços, do tipo menor preço por lote, tendo como objeto a *"contratação de empresa especializada para prestação de serviços de manutenção corretiva de bens imóveis e mobiliários, com fornecimento de materiais e mão-de-obra, para atender as instalações da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul"* (f. 894/1.019).

Declaradas as vencedoras, em relação ao lote/grupo 1 (f. 916/28) e lote/grupo 2 (f. 928/39), respectivamente, MANFORTH INDUSTRIA E COMERCIO LTDA-ME e EUGENIO RIBEIRO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA (f. 734), a requerente, TRANSAMÉRICA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS LTDA interpôs o recurso administrativo, nos termos do item 10.1 do edital (f. 901), nos seguintes termos (f. 741/3):

"[...]

II - DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO DE QUE SE TRATA

[...]

Consta como objeto do Pregão, o que se segue:

"1.1. Constitui o objeto deste Pregão a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de manutenção corretiva de bens imóveis e mobiliários, com fornecimento de materiais e mão-de-obra, para atender as instalações da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, conforme descrito no Anexo II e III, por um período de 12 meses - Ata de Registro de Preços."

III - DOS FATOS E DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA QUE DETERMINA A REFORMA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Preliminarmente, cumpre registrar que a Transamerica Terceirização de Serviços Gerais Ltda enquanto licitante regularmente classificada no Pregão em curso, não concorda com a Habilitação das empresas P.N.S. COMERCIO E CONSTRUÇÕES LTDA para o Lote 1 e da MANFORTH INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA para o Lote 2, tendo em vista que as mesmas desatenderam as exigências do Edital do Pregão Eletrônico - SRP 82/2010, aberto por essa Universidade, conforme a seguir se demonstra:

1. P.N.S. Comercio e Construções Ltda, desatendeu a exigência contida no item 9.2.4 onde está regrado como condição de HABILITAÇÃO a indicação de Responsável Técnico: "9.2.4 Indicação de Responsável Técnico pela empresa, que deverá estar devidamente registrado no CREA, que possua comprovação do acervo técnico, conforme objeto. No caso da licitante indicar dois ou mais responsáveis técnicos pelo menos um deverá atender esta exigência, sob pena de inabilitação." (grifamos).

Pela análise do termo editalício, se infere que a licitante P.N.S. Comercio e Construções Ltda não atendeu a injunção editalícia em comento, pois não apresentou a Certidão de Acervo Técnico do Responsável Técnico, que é um documento legal, que comprova toda a experiência adquirida pelo profissional ao longo do exercício da sua profissão e é composta pelas Anotações de Responsabilidade Técnica, devidamente registrada no CREA, o que, convenhamos, atenta contra o comando editalício.

2. Manforth Indústria e Comércio Ltda, do mesmo modo também desatendeu o item 9.2.4 e ainda apresentou como Representante Técnico uma Arquiteta em total inobservância a exigência Editalícia no Item 8 subitem 8.2 do Termo de Referência que dispõe: "8.2 Por ocasião da visita técnica será exigida a apresentação pelo responsável técnico/engenheiro, de credencial em papel timbrado da empresa licitante devidamente assinada pelo seu representante legal. Não serão fornecidos atestados para profissionais que não possuam credenciais emitidas na forma desta alínea."(grifamos).

Assim, dentre os princípios que norteiam qualquer procedimento licitatório, estão o da VINCULAÇÃO E O DO JULGAMENTO OBJETIVO.

Com efeito, certo que a documentação ofertada pelas ora licitantes, diverge do exigido, vale dizer, que Administração Pública não deve mudar as regras do jogo ou mesmo agir ao arrepio da lei, sob pena desta conduta quebrar a isonomia do certame.

Observa-se que ambas alhearam-se totalmente às normas imperativas do edital, demonstrando uma atitude desordenada, equivocada sem precisar com exatidão o que determina a "Lei interna de Licitações" e os fundamentos de direito que regem especificamente a matéria.

Segundo Hely Lopes Meirelles [1] "nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)".

O princípio da vinculação ao edital encontra-se de tal forma incorporado ao espírito da lei em regência (Lei nº 8.666/93), que diversas de suas regras, ao tratarem dos mais variados assuntos, reiteram a sua necessária observância pela Administração e pelos licitantes.

Esse aspecto não passou ao largo da arguta observação de Maria Sylvia de Pietro ao referir que [2] "Além de mencionado no art. 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no art. 41, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o art. 43, inciso V ainda exige que, o julgamento e a classificação das propostas se faça de acordo com critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório". (g.n.) Maria Sylvia di Pietro evidencia, ainda, a circunstância de que [3] "quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do Edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou".(g.n)

Com efeito, não se pode admitir que, estabelecidas as regras no edital que rege a licitação, venha a Administração a "relativizar" ou "flexibilizar" o seu conteúdo, mesmo porque inúmeros outros potenciais concorrentes podem ter deixado de ingressar no certame exatamente pelo teor das exigências editalícias.

4. DO PEDIDO

EX POSITIS, diante das considerações acima expostas, requer a Vossa Senhoria que se digne a receber o presente RECURSO ADMINISTRATIVO dando-lhe provimento, para o fim de argüir a NULIDADE, da decisão proferida por esta Douta Comissão, no que pertine a HABILITAÇÃO das empresas anteriormente referidas".

O pregoeiro indeferiu tal recurso, sob as seguintes razões (f. 783/4):

"RESPOSTA AO RECURSO DA EMPRESA TRANSAMÉRICA TERC SERV GERAIS LTDA EXIGÊNCIA DO ACERVO TÉCNICO DO PROFISSIONAL:

A habilitação das empresas P.N.S. COM. E CONSTRUÇÕES LTDA e MANFORTH IND. E COM LTDA-ME foi realizada por este pregoeiro com base no entendimento de que a documentação apresentada está de acordo com o edital.

Senão, vejamos:

Subitem 9.2.4: a exigência é : "Indicação de Responsável (is) Técnico (s) pela empresa, que deverá estar devidamente registrado no CREA, que possua comprovação do acervo técnico, conforme objeto..."

Em momento algum, no entendimento deste pregoeiro o edital exige a apresentação do documento Acervo Técnico do responsável. Caso houvesse suscitado dúvidas quanto à capacidade técnica do profissional, este pregoeiro, amparado pelo Art. 43 parágrafo terceiro da Lei 8666/93, poderia solicitar do licitante o documento, se fosse o caso, para realização de diligência.

A documentação apresentada pela P.N.S COM e Construções Ltda., e MANFORTH além de completa, permite identificar, com precisão, que é o engenheiro/arquiteto que responderá pela responsabilidade técnica, nos exatos termos da Lei nº 8.666/93 e das normas do Edital.

A pretensa omissão apontada pela Concorrente, é irrelevante e não causa nenhum prejuízo à Administração ou aos demais concorrentes. Não prejudica a contratação, não contraria o interesse público, não coloca em perigo os princípios da igualdade entre os licitantes e o da garantia de competição.

DA EXIGÊNCIA DO PROFISSIONAL RESPONSÁVEL TÉCNICO

As competências do profissional de arquitetura estão definidas no Art. 2º, em referência às atividades relacionadas no Art. 1º, da resolução nº 218 de 29/06/1973 - CONFEA. Dentre elas,

Atividade 06: Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico

Atividade 07: Desempenho de cargo e função técnica

Atividade 11: Execução de obra/serviço técnico

Atividade 12: Fiscalização de obra/serviço técnico.

Com base no exposto acima, verifica-se que atribuir a um profissional arquiteto a responsabilidade técnica de uma empresa para representá-la perante a Instituição para realização dos SERVobjeto desta licitação, está perfeitamente enquadrado na forma legal.

A Empresa MANFORTH IND. E COM LTDA-ME apresentou o Atestado de Visita Técnica concedido pela UFMS, datado e assinado pelo responsável por sua emissão que reconheceu como responsável técnico o profissional apresentado. No entendimento deste pregoeiro, o licitante cumpriu a exigência editalícia.

Diante das argumentações expostas, salvo melhor juízo, julgo IMPROCEDENTES os recursos interpostos pelas empresas: [...] TRANSAMÉRICA TERC SERV GERAIS LT mantendo decisão de aceitação e habilitação das propostas das empresas P.N.S. COM. E CONSTRUÇÕES LTDA (Grupo 1), MANFORTH IND. E COM LTDA-ME (Grupo 2) [...] para o pregão 82/2010 - UFMS".

Assim, a requerente impetrou o mandado de segurança nº 0007527-74.2010.4.03.60000, reiterando os fundamentos do recurso administrativo, alegando, em adição, que a decisão proferida pelo pregoeiro, bem como a manutenção das duas

vencedoras no certame, sem que tenha sido comprovado documentalmente o acervo técnico do responsável técnico, na fase de habilitação, fere o princípio da isonomia, livre competição e concorrência, vinculação ao edital e legalidade administrativa, e, desta forma, requereu *"a anulação do ato administrativo que habilitou a empresa P.N.S. COM. E CONSTRUÇÕES LTDA e a empresa MANFORTH IND. E COM. LTDA-ME e conseqüentemente expedição de ordem judicial determinando que a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul analise novamente a proposta de preço da Impetrante"* (f. 862/83).

A medida liminar foi deferida (f. 83/5), sendo interposto o agravo de instrumento nº 0025646-41.2010.4.03.0000 (f. 194/200), tendo sido mantida a decisão de primeiro grau (f. 815/9).

Posteriormente, o Juízo *a quo* proferiu sentença denegando a ordem (f. 807/10):

"[...]

Dispõem os itens 9.2 e 9.2.4 do edital do Pregão Eletrônico SRP 82/2010 da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul:

9.2 Constitui, também, condição de habilitação, o encaminhamento pela licitante vencedora, da documentação abaixo, firmada pelo seu representante legal:

9.2.4 Indicação de Responsável(is) Técnico(s) pela empresa, que deverá estar devidamente registrado no CREA, que possua comprovação do acervo técnico, conforme objeto. No caso da licitante indicar dois ou mais responsáveis técnicos, pelo menos um deverá atender esta exigência, sob pena de inabilitação.

A lide se estabeleceu em relação à interpretação desse dispositivo editalício.

Na visão da impetrante, além de indicar o responsável técnico, deveria a licitante comprovar que o responsável técnico indicado possuía acervo técnico e registro no CREA. E isso, no ato da habilitação.

Por outro lado, entende a autoridade impetrada, assim como as litisconsortes passivas, que a cláusula exigia, no ato da habilitação, apenas a indicação do responsável que possuísse acervo técnico. A comprovação da existência desse acervo técnico e do registro no CREA não se daria no momento da habilitação, mas quando fosse exigido pela contratante.

Entendo que a redação do item 9.2.4 do edital deixou margem para dúvidas. Todavia, tais dúvidas não têm o condão de nulificar todo o procedimento ou o ato de habilitação das empresas que se sagraram vencedoras dos lotes/grupo 1 e 2 do certame.

Isso porque todas as empresas interessadas na licitação e que possuíam responsável com acervo técnico registro no CREA tiveram oportunidade de concorrer. Aquelas que entenderam que era necessária a apresentação de documentos relativos ao acervo técnico do seu profissional, apresentaram-nos no momento da habilitação. As demais, que também possuíam profissional com registro no CREA e acervo técnico, mas que entenderam que a comprovação desse acervo técnico seria exigida no momento da contratação, também puderam participar do certame.

Dessa forma, entendo que a finalidade de se perseguir a proposta mais vantajosa para a Administração foi alcançada, sem que prejuízo se provasse para os licitantes.

Situação inversa ocorreria se, sendo ambíguo o dispositivo, entendesse o pregoeiro que a comprovação do registro no CREA e do acervo técnico do responsável deveriam ocorrer no momento da habilitação. Nessa hipótese, ter-se-iam fora do certame empresas que, de boa-fé e mesmo possuindo responsável com tais requisitos, seriam excluídas do procedimento em razão do defeito de redação do preceito em discussão.

Concluo, portanto, que há irregularidade no dispositivo. Contudo, essa irregularidade não trouxe prejuízo para o certame, assim como não contrariou normas atinentes à licitação, pois não prejudicou a isonomia entre os concorrentes, nem, tampouco, distanciou-se de exigir dos licitantes os requisitos mínimos para a contratação com o Poder Público.

Por essas razões, entendo que não se encontra eivado de nulidade o ato administrativo que habilitou as empresas P.N.S. COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA. e MANFORTH INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA -ME no Pregão 82/2010 da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, razão pela qual o pedido da impetrante é improcedente.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, revogo a liminar de fls. 291-293 e DENEGO A SEGURANÇA, julgando improcedentes os pedidos deduzidos na inicial".

A impetrante, então, apelou (f. 821/44), sendo recebido o recurso tão somente no efeito devolutivo (f. 850). Tal decisão ensejou a presente medida cautelar, com o fim de *"instituir o efeito suspensivo ao Recurso de Apelação interposto no Mandado de Segurança nº 0007527-74.2010.403.6000"* e *"seja reiterado a determinação de suspensão e/ou cancelamento de qualquer procedimento de adjudicação do objeto e da homologação dos procedimentos referente ao lote/Grupo 1 e lote/Grupo 2 da licitação"*. Aduziu a requerente: (1) a impossibilidade de sentença passível de recurso revogar liminar proferida em primeiro grau, e confirmada em agravo de instrumento; (2) que a posterior reforma da sentença no julgamento do recurso de apelação acarretaria prejuízo irremediável à requerente, pois o objeto do certame já terá sido adjudicado aos atuais vencedores; e (3) vislumbrou-se, na liminar e no agravo de instrumento, a existência de *fumus boni iuris* quanto às alegações da impetrante, havendo grande probabilidade de reforma da sentença.
DECIDO.

A suspensão dos efeitos da sentença, em virtude de apelação, não é possível sem a efetiva demonstração de que o recurso tem concretas condições de provimento, de modo a justificar que seja paralisada a licitação a fim de preservar o objeto da concorrência para futura prestação do serviço por quem efetivamente dispõe do direito de ser declarado habilitado e vencedor.

A concessão da liminar, em juízo sumário, não é mais do que um mero indicativo do que poderá ser decidido no mérito. Note-se que esta Corte, diante do agravo de instrumento contra a liminar, não adentrou no exame da relevância da fundamentação jurídica, como afirmado, mas apenas determinou a retenção do recurso, para o posterior exame da controvérsia no âmbito do recurso contra a sentença.

Proferida a sentença, não basta alegar que a atribuição apenas de efeito devolutivo cria o risco de lesão a direito, mas necessário demonstrar, não a partir do juízo sumário feito em liminar, mas diante da fundamentação de mérito, lançada pela sentença, que existem relevantes argumentos para a sua reforma.

Todavia, disso não tratou a cautelar, que se limitou a invocar o que havia sido decidido liminarmente pelo Juízo, no agravo de instrumento por esta Turma - que, repita-se, apenas determinou a retenção do recurso -, e invocar que haveria dano irreparável, sem expor e tampouco convencer que a fundamentação da sentença seja ilegal ou divorciada do que consta dos autos para autorizar que seus efeitos sejam suspensos liminarmente, diante da manifesta perspectiva de sua reforma.

Haveria, aliás, de estar demonstrado que as razões da apelação são dotadas de relevância jurídica extrema, e que o resultado do julgamento do apelo seria, quase que certamente, favorável ao apelante.

Tal situação, porém, não se encontra presente nos autos, mediante a devida e consistente comprovação, motivo pelo qual a só narrativa da perspectiva de dano, pela execução do objeto da licitação se não suspensa, é insuficiente para autorizar que seja deferida a liminar, não se podendo presumir ilegal a sentença, proferida em cognição plena e de mérito.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Providencie-se o pensamento após a subida e distribuição da apelação na ação principal.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00070 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0024758-42.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.024758-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
APELADO : J A D S e o
: M D R S D N S
: E D N S i
: S D N S i
ADVOGADO : MURILO MARCO
No. ORIG. : 00247584220094036100 1 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES:

Cuida-se de remessa oficial e apelação em ação mandamental impetrada por Januário Alves de Santana, Maria dos Remédios Soares do Nascimento Santana, Esther do Nascimento Santana e Samuel do Nascimento Santana com vistas à obtenção de provimento jurisdicional que reconheça a inexigibilidade do imposto de renda incidente sobre verbas recebidas a título de danos morais e danos materiais emergentes, estipulados na transação extrajudicial de fls. 45/53, em virtude dos fatos narrados no Boletim de Ocorrência nº 4580/2009, lavrado perante o 5º Distrito Policial da Comarca de Osasco/SP, que ocorreram nas dependências do estabelecimento comercial Carrefour Comércio e Indústria LTDA. Em 6/7/2005, atribuiu-se à causa o valor de R\$123.087,06.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para declarar o direito do impetrante de receber a indenização sem a incidência da exação *sub judice*. Sentença submetida ao reexame necessário (fls. 124/128).

Apelou a União, sustentando, em síntese, a legalidade da incidência do tributo em comento, ao argumento de que a indenização por dano moral acarreta efetivo acréscimo patrimonial (fls. 136/142).

Regularmente processados, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção do *decisum* (fls. 168/170).

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, estando sedimentada a jurisprudência sobre a matéria em discussão.

A Constituição Federal atribuiu competência à União para "instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza" (art. 153, III).

E, porque devida a obediência ao princípio da legalidade (art. 150, I), o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Carta Magna para que, entre outras providências, restassem definidos os conceitos inerentes à exação em testilha (g.n.):

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

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

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

Nesses termos, considerando a lição de Sílvio de Salvo Venosa, para quem "(...) Indenizar é reparar o dano, o prejuízo. Indene é aquele que não sofreu prejuízo, que está incólume. Indenizar é tornar indene. (...)", restou à doutrina e à jurisprudência identificar a natureza jurídica conferida à verba recebida a esse título para que, desse modo, se concluísse pela exigibilidade ou não da exação (*in Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, Coleção direito civil; v. 2, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 360).

Assim, se por um lado se afigurava patente a inadequação do conceito de indenização à noção de renda lançada pelo legislador tributário (art. 43, I), por outro, era justamente a interpretação emprestada à expressão "acréscimos patrimoniais" que dava azo a calorosas discussões no meio jurídico e que, desse modo, ora ensejava a exigência dos recolhimentos por parte da União, ora fazia surgir para o contribuinte um crédito fiscal.

As ementas a seguir reproduzidas ilustram a celeuma em torno da matéria em comento:

"TRIBUTÁRIO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - IMPOSSIBILIDADE - NATUREZA INDENIZATÓRIA DA VERBA - NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL - SEGUIMENTO NEGADO - AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE RAZÕES PARA INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. Inexistem razões para modificar o entendimento assentado na decisão agravada, porquanto não há como equiparar indenizações com proventos, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos nas hipóteses anteriores, uma vez que a indenização torna o patrimônio lesado indene, mas não maior do que era antes da ofensa ao direito.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 869287/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 17/5/2007, DJ 31/5/2007 p. 422)

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. DISTINÇÃO ENTRE INDENIZAÇÃO POR DANOS AO PATRIMÔNIO MATERIAL E AO PATRIMÔNIO IMATERIAL. PRECEDENTES.

1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 do CTN, os 'acréscimos patrimoniais', assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. Indenização é a prestação destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico. Os bens jurídicos lesados podem ser (a) de natureza patrimonial (= integrantes do patrimônio material) ou (b) de natureza não-patrimonial (= integrantes do patrimônio imaterial ou moral), e, em qualquer das hipóteses, quando não recompostos in natura, obrigam o causador do dano a uma prestação substitutiva em dinheiro.

3. O pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano efetivamente verificado no patrimônio material (= dano emergente), o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida em virtude da lesão, e, portanto, não acarreta qualquer aumento no patrimônio. Todavia, ocorre acréscimo patrimonial quando a indenização (a) ultrapassar o valor do dano material verificado (= dano emergente), ou (b) se destinar a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante), ou (c) se referir a dano causado a bem do patrimônio imaterial (= dano que não importou redução do patrimônio material).

4. A indenização que acarreta acréscimo patrimonial configura fato gerador do imposto de renda e, como tal, ficará sujeita a tributação, a não ser que o crédito tributário esteja excluído por isenção legal, como é o caso das hipóteses dos incisos XVI, XVII, XIX, XX e XXIII do art. 39 do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto 3.000, de 31.03.99. Precedentes.

5. 'Se o objeto da indenização é o elemento moral, porque a ação danosa atingiu precisamente o patrimônio moral, não há dúvida de que o recebimento de indenização implica evidente crescimento do patrimônio econômico e, assim, enseja a incidência dos tributos que tenham como fato gerador esse acréscimo patrimonial' (Hugo de Brito Machado, Regime Tributário das Indenizações, obra coletiva, Coord. Hugo de Brito Machado, p. 109). Em idêntico sentido, na obra citada: Gisele Lemke, p. 83; Hugo de Brito Machado Segundo e Paulo de Tarso Vieira Ramos, p. 124; Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel, p. 74. E ainda: Leandro Paulsen, Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 655.

6. Configurando fato gerador do imposto de renda e não estando abrangido por norma isentiva (salvo quando decorrente de acidente do trabalho, o que não é o caso), o pagamento a título de dano moral fica sujeito à incidência do tributo.

7. Recurso especial provido."

(REsp 748868/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 28/8/2007, DJ 18/2/2008, p. 24)

Todavia, em sessão realizada em 8/10/2008, ao julgar o REsp 963387/RS, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, lançou pá de cal sobre a questão, entendendo que a indenização por dano moral não é fato gerador do imposto de renda, pois se limita a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado. E mais, que, em verdade, a negativa de incidência da exação não se dá por isenção, mas por ausência de riqueza nova capaz de caracterizar o acréscimo patrimonial.

Com feito, conforme ressaltou o Min. Herman Benjamin, Relator do recurso, "(...) a tributação da reparação de dano moral, nessas circunstâncias, reduziria a plena eficácia material do princípio da reparação integral, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário da do contribuinte. Uma dupla aberração. Destaco que as considerações feitas no presente voto, referentes à incidência do IR sobre o dano moral, restringem-se às pessoas físicas enquanto possuidoras, por excelência, dos direitos da personalidade e das garantias individuais, consagradas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (...)".

Nesse sentido, seguiram-se os demais julgamentos que, inclusive, passaram a, expressamente, aludir ao julgamento como paradigma jurisprudencial:

"IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ PARA APRECIAR A MATÉRIA. AFASTAMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

I - Fica caracterizada a competência da 1ª Seção do STJ, com base no § 1º do art. 9º do RISTJ, para apreciar o recurso especial que gravita em torno de decisão no processo de execução, onde restou consignado que o ora agravante não poderia realizar a retenção de imposto de renda para repasse à FAZENDA NACIONAL sobre a verba devida à ora agravada referente a dano moral. Na hipótese dos autos a matéria deduzida em juízo é de direito público.

II - A Colenda Primeira Seção, no julgamento do REsp 963.387/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, em 08 de outubro de 2008, por maioria, consignou que não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais. Explicitou-se que a indenização por dano moral limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, não tendo vinculação com o patrimônio real, ipso facto, inobservada na hipótese a aquisição de acréscimo patrimonial compatível com o comando do artigo 43 do CTN, tem-se afastada a incidência da exação. Precedentes: REsp nº 869.237/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 17/05/2007 e REsp nº 410.347/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/02/2003.

III - Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 4/11/2008, DJe 12/11/2008)

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO-INCIDÊNCIA. PRESENTE DA 1ª SEÇÃO: RESP. 963.387/RS (MIN. HERMAN BENJAMIN, JULGADO EM 08/10/2008). RESSALVA DO PONTO DE VISTA PESSOAL DO RELATOR, EM SENTIDO CONTRÁRIO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO."

(STJ, REsp 865693/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 18/12/2008, DJe 4/2/2009)

Ressalto que a questão foi apreciada pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos, conforme o artigo 543-C, do CPC, ocasião em que a Corte reafirmou sua jurisprudência, nos seguintes termos:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização, cujo objetivo precípuo é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. (Precedentes: REsp 686.920/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009; AgRg no Ag 1021368/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 25/06/2009; REsp 865.693/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 04/02/2009; AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008; REsp 963.387/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 05/03/2009; REsp 402035 / RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 17/05/2004; REsp 410347 / SC, desta Relatoria, DJ 17/02/2003).

2. In casu, a verba percebida a título de dano moral adveio de indenização em reclamação trabalhista.

3. Deveras, se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, a fortiori, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

4. "Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto. (...)

Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. Se a lei não insere a "indenização", qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, inocorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática.

(...)

Atente-se para a necessidade de, em homenagem ao princípio da legalidade, afastar-se as pretensões do fisco em alargar o campo da incidência do imposto de renda sobre fatos estranhos à vontade do legislador." ("Regime Tributário das Indenizações", Coordenado por Hugo de Brito Machado, Ed. Dialética, pg. 174/176)

5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, RESP n. 1.152.764, j. 23/6/2010, v.u., DJE 1º/7/2010)

Dessa forma, acompanhando a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheço indevida a incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas pela pessoa física a título de indenização por dano moral e material emergente.

In casu, é dos termos do próprio instrumento de acordo celebrado entre as partes que exsurge a natureza dos valores *sub judice* (fls. 45/53) (g.n.):

"(...) As parte acima nomeadas resolvem, de comum acordo, celebrar o presente INSTRUMENTO PARTICULAR DE TRANSAÇÃO E OUTORGA DE QUITAÇÃO, que será regido e interpretado pelas seguintes cláusulas e condições, que mutuamente aceitam, outorgam e se obrigam a cumprir, por si e por seus sucessores a qualquer título:

CLÁUSULA PRIMEIRA - TRANSAÇÃO

1.1. Até o dia 30 de novembro de 2009, Carrefour pagará a Januário, Maria dos Remédios, Esther e Samuel, a título de indenização por danos materiais emergentes e por danos morais, decorrentes dos fatos referidos no item (i) dos "Considerandos" deste instrumento, a quantia total de R\$ 450.000,00 (...)"

Ante o exposto, nego seguimento à apelação e à remessa oficial, com fundamento no art. 557, do CPC.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00071 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001549-63.1999.4.03.6110/SP
1999.61.10.001549-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
EMBARGANTE : MACER DROGUISTAS LTDA
ADVOGADO : LUIZ LOUZADA DE CASTRO
EMBARGADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Cuida-se de novos embargos declaratórios, desta vez opostos pela impetrante em face da decisão monocrática de fls. 231, que deu provimento aos embargos de declaração opostos pela União, com efeitos infringentes.

A embargante sustenta que, diferentemente do que constou da decisão recorrida, o acórdão de fls. 140/143 apreciou, sim, a questão da majoração da base de cálculo da COFINS pela Lei n. 9.718/1998.

Decido.

Não prospera a irrisignação da embargante.

O voto constante do acórdão de fls. 140/143 apreciou unicamente a questão do aumento da alíquota da COFINS pela Lei n. 9.718/1998, embora, equivocadamente, tenha feito constar no relatório que se tratava de mandado de segurança que também impugnava a majoração da base de cálculo do tributo.

Ademais, não poderia ser diferente, uma vez que não consta pedido na inicial para afastar a base de cálculo instituída pela lei referida, de modo que não seria possível analisar a matéria nesta Corte ante o disposto nos artigos 2º e 460 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00072 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002174-42.2004.4.03.6104/SP

2004.61.04.002174-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : INSTITUTO SUPERIOR DE EDUCACAO SANTA CECILIA ISESC
ADVOGADO : LUCIANA LOPES MONTEIRO DONATELLI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
DESPACHO

Intime-se a apelante para que comprove nos autos, no prazo de 15 dias, a regular extinção da "Sociedade Universitária de Santos", bem como a reversão do acervo patrimonial, então existente, em favor da apelante, consoante a exigência do artigo 6º, do Estatuto Social da Sociedade Universitária de Santos (fls. 46).
Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00073 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0018703-75.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.018703-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
PARTE AUTORA : LUIGI GRACIANO FLORIANO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JAQUELINE SORAIA TRUFILHO e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00187037520094036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de remessa oficial em mandado de segurança ajuizado para eximir o impetrante da retenção do imposto de renda na fonte, incidente sobre verbas decorrentes da rescisão unilateral do contrato de trabalho, a saber, férias proporcionais, indenizadas e seus respectivos terços constitucionais. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 1.433,02, em 18/8/09.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, para declarar a inexigibilidade do Imposto de Renda da Pessoa Física relativo às férias vencidas indenizadas, férias proporcionais e os respectivos adicionais de terço constitucional (fls. 106/107).

A União manifestou seu desinteresse em recorrer, nos termos dos Atos Declaratórios do PGFN nº 01/2005, 05/2006 e 06/2008 (fls. 115).

O Ministério Público Federal opinou pela negativa de seguimento à remessa oficial (fls. 119/120).

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte por força do reexame necessário.

Decido.

A remessa oficial não merece prosperar, porquanto a sentença prolatada nestes autos não está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Verifico que o Procurador da Fazenda Nacional que atuou neste feito manifestou, em fls. 115, o seu desinteresse em recorrer, com amparo nos termos dos Atos Declaratórios do PGFN nº 01/2005, 05/2006 e 06/2008, que obstam o reexame necessário nas hipóteses em comento.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 19, § 3º, da Lei nº. 10.522/2002, **nego seguimento** à remessa oficial.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as disposições legais.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00074 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0018623-14.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.018623-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

PARTE AUTORA : HUMBERTO APARECIDO BORTOLETTO
ADVOGADO : DENISE DE SOUSA E SILVA ALVARENGA e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00186231420094036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de remessa oficial em mandado de segurança ajuizado para eximir o impetrante da retenção do imposto de renda na fonte, incidente sobre verbas decorrentes da rescisão unilateral do contrato de trabalho, a saber, férias vencidas/proporcionais indenizadas e seus respectivos terços constitucionais. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 17.840,81, em 17/8/09.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, para declarar a inexigibilidade do Imposto de Renda da Pessoa Física relativo às férias vencidas e proporcionais, acrescidas de seus respectivos terços constitucionais. Sentença submetida ao reexame necessário (fls. 52/55).

A União manifestou seu desinteresse em recorrer, nos termos do artigo 19, da Lei n. 10.522/2002 (fls. 64).

O Ministério Público Federal opinou pela negativa de seguimento à remessa oficial (fls. 67/68).

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte por força do reexame necessário.

Decido.

A remessa oficial não merece prosperar, porquanto a sentença prolatada nestes autos não está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Verifico que o Procurador da Fazenda Nacional que atuou neste feito manifestou, em fls. 64, o seu desinteresse em recorrer, com amparo no artigo 19, § 2º, da Lei n. 10.522/2002, que obsta o reexame necessário.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 19, § 3º, da Lei nº. 10.522/2002, **nego seguimento** à remessa oficial.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as disposições legais. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00075 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006406-81.2009.4.03.6182/SP
2009.61.82.006406-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : Conselho Regional de Enfermagem em Sao Paulo COREN/SP
ADVOGADO : FERNANDO HENRIQUE LEITE VIEIRA e outro
APELADO : MARCIA LOPES ASSIS
No. ORIG. : 00064068120094036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem em São Paulo - COREN/SP em face de sentença que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a execução fiscal ajuizada contra MARCIA LOPES ASSIS, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em razão do valor do débito ser inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

O MM. Juízo *a quo* deixou de condenar a exequente em sucumbência.

O valor executado, na data de 26/2/2009, era de R\$ 439,66 (fls. 2/4), referente a anuidades de auxiliar de enfermagem.

O COREN, em seu recurso, pleiteia a reforma da sentença, sustentando a higidez do título executivo, bem como a impossibilidade da extinção da execução em razão do valor ser inferior a mil reais (fls. 45/53).

Regularmente processado o feito, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

O artigo 34 da Lei nº 6.830/1980 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil. A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi justamente impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Prevê o indigitado dispositivo:

"Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição."

Anote-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, na sistemática dos recursos repetitivos, a questão relativa à atualização do valor de alçada na execução fiscal, para cabimento de apelação, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DE ALÇADA. CABIMENTO DE APELAÇÃO NOS CASOS EM QUE O VALOR DA CAUSA EXCEDE 50 ORTN'S. ART. 34 DA LEI N.º 6.830/80 (LEF). 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27, EM DEZ/2000. PRECEDENTES. CORREÇÃO PELO IPCA-E A PARTIR DE JAN/2001.

1. O recurso de apelação é cabível nas execuções fiscais nas hipóteses em que o seu valor excede, na data da propositura da ação, 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, à luz do disposto no artigo 34, da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980.

2. A ratio essendi da norma é promover uma tramitação mais célere nas ações de execução fiscal com valores menos expressivos, admitindo-se apenas embargos infringentes e de declaração a serem conhecidos e julgados pelo juízo prolator da sentença, e vedando-se a interposição de recurso ordinário.

3. Essa Corte consolidou o sentido de que "com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo", de sorte que "50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia".

(REsp 607.930/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 206) 4. Precedentes jurisprudenciais: AgRg no Ag 965.535/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 06/11/2008; AgRg no Ag 952.119/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJ 28/02/2008 p. 1; REsp 602.179/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006 p. 161.

5. Outrossim, há de se considerar que a jurisprudência do Egrégio STJ manifestou-se no sentido de que "extinta a UFIR pela Medida Provisória nº 1.973/67, de 26.10.2000, convertida na Lei 10.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte para com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo IBGE, na forma da resolução 242/2001 do Conselho da Justiça Federal". (REsp 761.319/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20/03/2006 p. 208) 6. A doutrina do tema corrobora esse entendimento, assentando que "tem-se utilizado o IPCA-E a partir de então pois servia de parâmetro para a fixação da UFIR. Não há como aplicar a SELIC, pois esta abrange tanto correção como juros". (PAUSEN, Leandro.

ÁVILA, René Bergmann. SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito Processual Tributário. 5.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 404) 7. Dessa sorte, mutatis mutandis, adota-se como valor de alçada para o cabimento de apelação em sede de execução fiscal o valor de R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), corrigido pelo IPCA-E a partir de janeiro de 2001, valor esse que deve ser observado à data da propositura da execução.

8. In casu, a demanda executiva fiscal, objetivando a cobrança de R\$ 720,80 (setecentos e vinte reais e oitenta centavos), foi ajuizada em dezembro de 2005. O Novo Manual de Cálculos da Justiça Federal, (disponível em), indica que o índice de correção, pelo IPCA-E, a ser adotado no período entre jan/2001 e dez/2005 é de 1,5908716293. Assim, R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), com a aplicação do referido índice de atualização, conclui-se que o valor de alçada para as execuções fiscais ajuizadas em dezembro/2005 era de R\$ 522,24 (quinhentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), de sorte que o valor da execução ultrapassa o valor de alçada disposto no artigo 34, da Lei n.º 6.830/80, sendo cabível, a fortiori, a interposição da apelação.

9. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1168625/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. 9/6/2010, DJe 1/7/2010, grifos meus)

No caso, verifico que o valor da execução, fixado em R\$ 439,66 para 26 de fevereiro de 2009, não atinge o valor previsto no artigo 34 da Lei nº 6.830/1980, tendo em vista que inferior a 50 ORTN.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao recurso como apelação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00076 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008644-39.2010.4.03.6182/SP

2010.61.82.008644-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : Conselho Regional de Enfermagem em Sao Paulo COREN/SP

ADVOGADO : GIOVANNA COLOMBA CALIXTO e outro
APELADO : MARLENE SANTANA DO CARMO
No. ORIG. : 00086443920104036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem em São Paulo - COREN/SP em face de sentença que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a execução fiscal ajuizada contra MARLENE SANTANA DO CARMO, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em razão do valor do débito ser inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

O MM. Juízo *a quo* deixou de condenar a exequente em sucumbência.

O valor executado, na data de 29/1/2010, era de R\$ 431,01 (fls. 2/4), referente a anuidades de auxiliar de enfermagem.

O COREN, em seu recurso, pleiteia a reforma da sentença, sustentando a higidez do título executivo, bem como a impossibilidade da extinção da execução em razão do valor ser inferior a mil reais (fls. 15/23).

Regularmente processado o feito, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

O artigo 34 da Lei nº 6.830/1980 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil. A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi justamente impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Prevê o indigitado dispositivo:

"Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. § 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição."

Anote-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, na sistemática dos recursos repetitivos, a questão relativa à atualização do valor de alçada na execução fiscal, para cabimento de apelação, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DE ALÇADA. CABIMENTO DE APELAÇÃO NOS CASOS EM QUE O VALOR DA CAUSA EXCEDE 50 ORTN'S. ART. 34 DA LEI N.º 6.830/80 (LEF). 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27, EM DEZ/2000. PRECEDENTES. CORREÇÃO PELO IPCA-E A PARTIR DE JAN/2001.

- 1. O recurso de apelação é cabível nas execuções fiscais nas hipóteses em que o seu valor excede, na data da propositura da ação, 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, à luz do disposto no artigo 34, da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980.*
- 2. A ratio essendi da norma é promover uma tramitação mais célere nas ações de execução fiscal com valores menos expressivos, admitindo-se apenas embargos infringentes e de declaração a serem conhecidos e julgados pelo juízo prolator da sentença, e vedando-se a interposição de recurso ordinário.*
- 3. Essa Corte consolidou o sentido de que "com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo", de sorte que "50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia". (REsp 607.930/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 206) 4. Precedentes jurisprudenciais: AgRg no Ag 965.535/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 06/11/2008; AgRg no Ag 952.119/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJ 28/02/2008 p. 1; REsp 602.179/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006 p. 161.*
- 5. Outrossim, há de se considerar que a jurisprudência do Egrégio STJ manifestou-se no sentido de que "extinta a UFIR pela Medida Provisória nº 1.973/67, de 26.10.2000, convertida na Lei 10.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte para com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo IBGE, na forma da resolução 242/2001 do Conselho da Justiça Federal". (REsp 761.319/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20/03/2006 p. 208) 6. A doutrina do tema corrobora esse entendimento, assentando que "tem-se utilizado o IPCA-E a partir de então pois servia de parâmetro para a fixação da UFIR. Não há como aplicar a SELIC, pois esta abrange tanto correção como juros". (PAUSEN, Leandro. ÁVILA, René Bergmann. SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito Processual Tributário. 5.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 404) 7. Dessa sorte, mutatis mutandis, adota-se como valor de alçada para o cabimento de apelação em sede de execução fiscal o valor de R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), corrigido pelo IPCA-E a partir de janeiro de 2001, valor esse que deve ser observado à data da propositura da execução.*
- 8. In casu, a demanda executiva fiscal, objetivando a cobrança de R\$ 720,80 (setecentos e vinte reais e oitenta centavos), foi ajuizada em dezembro de 2005. O Novo Manual de Cálculos da Justiça Federal, (disponível em), indica que o índice de correção, pelo IPCA-E, a ser adotado no período entre jan/2001 e dez/2005 é de 1,5908716293. Assim,*

R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), com a aplicação do referido índice de atualização, conclui-se que o valor de alçada para as execuções fiscais ajuizadas em dezembro/2005 era de R\$ 522,24 (quinhentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), de sorte que o valor da execução ultrapassa o valor de alçada disposto no artigo 34, da Lei n.º 6.830/80, sendo cabível, a fortiori, a interposição da apelação.

9. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1168625/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. 9/6/2010, DJe 1/7/2010, grifos meus)

No caso, verifico que o valor da execução, fixado em R\$ 431,01 para 29 de janeiro de 2010, não atinge o valor previsto no artigo 34 da Lei nº 6.830/1980, tendo em vista que inferior a 50 ORTN.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao recurso como apelação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00077 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006695-82.2007.4.03.6182/SP
2007.61.82.006695-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : MAGUEN PARTICIPACOES S/A

ADVOGADO : MARCELO KNOEPFELMACHER e outro

No. ORIG. : 00066958220074036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES:

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal, em face de sentença que julgou extintos os embargos à execução fiscal, nos termos do art. 267, VI do CPC, em virtude do cancelamento da inscrição em dívida ativa pela própria exequente. Condenou a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (fls. 73/74 e 81). (valor executado em 25/2/2004: R\$ 9.988,15).

A União Federal pugna pela reforma da sentença, para que seja excluída a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista o princípio da causalidade, uma vez que o contribuinte teria dado causa ao ajuizamento da execução fiscal. Requer, alternativamente, a redução da verba honorária (fls. 84/89).

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, estando sedimentada a jurisprudência sobre a matéria em discussão.

Inicialmente, verifica-se que o MM. Juízo *a quo* não submeteu a sentença ao reexame necessário, o que, no caso em tela, está correto, pois o valor executado não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos, o que impede a aplicação do duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.352/2001).

Cuida-se de matéria concernente ao cabimento de honorários advocatícios em sede de execução fiscal extinta, a pedido da União, tendo em vista o cancelamento da inscrição em dívida ativa pela administração fazendária, após apresentação de embargos à execução fiscal pela executada, alegando o pagamento do débito.

Sobre a questão dos honorários, é entendimento pacífico nos tribunais pátrios, ser cabível sua fixação, sendo que o STJ editou, inclusive, a Súmula 153, de seguinte teor:

"A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime a exequente dos encargos da sucumbência."

Com efeito, verifica-se que tanto no caso de oposição de embargos, como no caso de apresentação de simples petição pela executada, em sede de execução, alegando pagamento, esta teve que efetuar despesas e constituir advogado para se defender de execução indevida, o que impõe o ressarcimento das quantias despendidas.

Dessa forma, deve a exequente arcar com o pagamento de honorários, em virtude do princípio da causalidade.

A propósito do tema, já se manifestou o STJ, nos seguintes termos:

"TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO DE DÍVIDA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO.

(...)

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que se há a desistência da execução fiscal, após a citação e atuação processual do devedor, mesmo que não haja a oposição de embargos, a exequente responde pelos honorários de advogado.

4. Recurso improvido."

(STJ, RESP 541.552/PR, Segunda Turma, v.u., DJ 15/12/2003, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Ressalto que a questão foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos, conforme o artigo 543-C, do Código de Processo Civil, ocasião em que a Corte reafirmou sua jurisprudência, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CANCELAMENTO DO DÉBITO PELA EXEQÜENTE. ERRO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - DCTF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERIFICAÇÃO DA DATA DE APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO RETIFICADORA, SE HOUCER, EM COTEJO COM A DATA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que vem dotado de fundamentação suficiente para sustentar o decidido.

2. Em sede de execução fiscal é impertinente a invocação do art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97, tendo em vista que o Plenário do STF, em sessão de 29.09.2004, julgando o RE 420.816/PR (DJ 06.10.2004) declarou incidentalmente a constitucionalidade da MP n. 2180-35, de 24.08.2001 restringindo-lhe, porém, a aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730).

3. É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no REsp. Nº 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG Nº 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp Nº 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp. Nº 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004.

4. Tendo havido erro do contribuinte no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, é imprescindível verificar a data da apresentação do documento retificador, se houver, em cotejo com a data do ajuizamento da execução fiscal a fim de, em razão do princípio da causalidade, se houver citação, condenar a parte culpada ao pagamento dos honorários advocatícios.

5. O contribuinte que erra no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF deve ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários advocatícios, por outro lado, o contribuinte que a tempo de evitar a execução fiscal protocola documento retificador não pode ser penalizado com o pagamento de honorários em execução fiscal pela demora da administração em analisar seu pedido.

6. Hipótese em que o contribuinte protocola documento retificador antes do ajuizamento da execução fiscal e foi citado para resposta com a consequente subsistência da condenação da Fazenda Nacional em honorários.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, 1ª Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, RESP n. 1.111.002, j. 23/9/2009, v.u., DJE 1º/10/2009)

No caso concreto, ajuizada a execução fiscal em 30/6/2004, a executada apresentou embargos à execução fiscal, ao argumento de que os débitos constantes da CDA já estariam quitados (fls. 2/8). A fim de comprovar suas alegações, apresentou "recibo de entrega da declaração de informações econômico fiscais da pessoa jurídica" e respetivo DARF (fls. 22 e 30).

A Delegacia da Receita Federal, de seu turno, comunicou que:

"Da análise da documentação apresentada pela interessada, em conjunto com as pesquisas obtidas junto aos sistemas informatizados desta Secretaria da Receita Federal, verifica-se que:

Em relação ao débito do PA 01/12/1998 - cód. 2484 - a interessada efetuou o pagamento, antes da inscrição, em valor suficiente para extinguir o débito, conforme extrato em anexo.

Em relação ao débito do PA 01/01/1998 - cód 6773 - a interessada alega que a cobrança é indevida, e ocorreu em virtude de erro de processamento da DIPJ/1999, por parte da Secretaria da Receita Federal. Alega também, que como o pagamento de CSLL mensal por estimativa foi efetuado em atraso (30/06/2003), este não poderia ser informa na DIPJ/1999, entregue em 27/09/1999.

As alegações apresentadas no item acima não merecem prosperar uma vez que, **foi enviada uma DIPJ/1999 (Retificadora) em 27/08/2003, data esta anterior à inscrição do débito em dívida ativa, e posterior ao pagamento da CSLL mensal por estimativa.** A interessada ao enviar a declaração retificadora deixou de preencher, novamente, o item 25 da Ficha 30, o que deu origem ao débito.(...)"(g.n.) (fls. 60).

Ademais, tenho entendido que a União Federal não pode invocar apenas em prol de sua tese o argumento no sentido de que "O sistema que aponta os débitos e créditos perante a União é totalmente informatizado. Competia ao Executado ter preenchido corretamente a DCTF, constituindo-se inclusive em obrigação acessória. Se o contribuinte não preenche corretamente sua DCTF, não há como exigir que a Receita Federal infira que o valor não foi pago porque a declaração está equivocada. Não é incomum, portanto, que o contribuinte, por própria atividade equivocada, acabe

provocando inscrições incorretas. Cabe ressaltar ainda que, ao ter o crédito inscrito, resta ao contribuinte a faculdade de pleitear a revisão do lançamento, caso verifique qualquer incorreção. No caso sub judice, o débito em cobro originou-se de declaração do próprio contribuinte. A DCTF constitui documento de confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito nela declarado, conforme dispõe o art. 5º, par. 1º, do decreto-lei n. 2124/84. Assim, prescinde-se de qualquer providência no âmbito administrativo para a inscrição e cobrança do respectivo crédito" (fls. 87/88).

Deve o Sistema informatizado também servir para identificar os contribuintes que se antecipam ao executivo fiscal e comprovam o pagamento ou a compensação do débito tributário, inclusive informando ao Fisco, antes de sua inscrição em dívida ativa, o que foi feito.

Verifica-se, portanto, que a executada teve que efetuar despesas e constituir advogado para se defender de execução indevida, o que impõe o ressarcimento das quantias despendidas.

Dessa maneira, verifica-se ter se configurado, no presente caso, hipótese de ajuizamento irregular de execução fiscal, sendo devida a condenação da exequente em honorários.

Quanto ao montante da condenação, é normalmente estipulado por esta Turma, em embargos à execução fiscal, o percentual de 10% sobre o valor executado, atualizado.

Assim já decidiu este Tribunal: (Terceira Turma, AC 2001.61.10.007179-4, Relator Des. Federal Carlos Muta, j. 06/11/08, v.u., DJ 18/04/2008; AC 2007.61.82.042699-0, Relatora Des. Federal Cecília Marcondes, j. 07/05/09, v.u., DJ 19/05/2009, p. 125; AC 2001.03.99.041046-0, Relator Des. Federal Marcio Moraes, j. 02/04/09, v.u., DJ 14/04/2009, p.438; Quarta Turma, AC 2000.61.19.011396-1, Des. Federal Alda Basto, DJ 05/10/2005, p. 247; Sexta Turma, AC 2005.61.82.004610-2, Des. Federal Consuelo Yoshida, DJ 01/06/2009, p. 196)

Assim, o valor fixado em sentença em R\$ 500,00 há de ser mantido, a fim de não se incorrer em *reformatio in pejus*. Ante o exposto, tendo em vista que a sentença encontra-se em conformidade com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, **nego seguimento ao recurso de apelação**, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00078 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037887-77.2000.4.03.6182/SP
2000.61.82.037887-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : SOL LA SI MALHAS LTDA massa falida e outro
: ANTONIO DE SOUZA NUNES
SINDICO : FABRICA DE RENDAS ARP S/A
No. ORIG. : 00378877720004036182 3F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal, em face de sentença que, com fulcro nos artigos 267, inciso VI, c/c 598, ambos do Código de Processo Civil, e art. 1º, parte final, da LEF, declarou extinta a execução fiscal, relativa à cobrança de contribuição sobre lucro presumido (valor da CDA em 8/3/2000: R\$ 8.656,84)

Entendeu o MM. Juízo *a quo* que o encerramento definitivo do processo de falência, ainda que a dívida permaneça certa, líquida, exigível e não paga, retira qualquer possibilidade de satisfação do credor. Considerou que, nesse caso, o processo de execução perde o seu objeto, já que a exequente nada mais poderá obter por meio dele, pois, uma vez estar extinta tanto a pessoa jurídica como a correspondente massa falida, não há de quem cobrar a dívida. Asseverou, ainda, ser descabida a continuação do processo contra os ex-sócios ou administradores da empresa falida, por não possuírem responsabilidade ilimitada na sociedade e porque a falência é forma regular de dissolução societária. Por fim, ressaltou que a mera inadimplência da obrigação não constitui ato ilícito para fins de responsabilização dos sócios. Sem condenação em custas e honorários advocatícios. Não submeteu a sentença ao reexame necessário (fls. 63).

Nas razões do apelo, sustenta a União que o redirecionamento da execução contra os sócios da massa falida deve ser autorizado, nos termos do art. 13 da Lei 8.620/93 e art. 124, II do Código Tributário Nacional (fls. 65/70).

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, estando sedimentada a jurisprudência sobre a matéria em discussão.

Cuida-se de hipótese em que a execução fiscal foi extinta, em razão do encerramento do processo de falência da executada. O MM. Juízo *a quo* proferiu sentença em conformidade com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, ao entender que a inclusão ou manutenção de sócios ou diretores, como responsáveis tributários, salvo por motivo outro que não a mera dissolução da sociedade, devidamente demonstrado no processo, não se justifica. Vejamos.

Inicialmente, verifica-se que o MM. Juízo *a quo* não submeteu a sentença ao reexame necessário, o que, no caso em tela, está correto, pois o valor executado não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos, o que impede a aplicação do duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.352/2001).

No mais, aplica-se à espécie o entendimento segundo o qual o artigo 13 da Lei 8.620/1993, ao dispor sobre a responsabilidade de sócios por débitos da sociedade, tratou de forma indevida matéria reservada à lei complementar (art. 146, III, 'b', da CF).

Decidiu o Ministro Luiz Fux, nos autos do AgRg no REsp n. 536.098/MG: "A contribuição para a seguridade social é espécie do gênero tributo, devendo, portanto, seguir o comando do Código Tributário Nacional que, por seu turno, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar. Dessarte, não há que se falar na aplicação da lei ordinária 8.620/93, posto ostentar grau normativo hierarquicamente inferior ao CTN, mercê de esbarrar no princípio da hierarquia das leis, de natureza constitucional, que foge aos limites do recurso especial traçados pela Constituição Federal, ao determinar a competência do STJ." (STJ, Primeira Turma, v.u., j. 16/10/03).

Com efeito, a Lei n. 8.620/1993 cuida de débitos previdenciários devidos nos termos das Leis n. 8.212/1991 e 8.213/1991, cuja competência arrecadatória pertence ao INSS, tendo sido editada com o fito de alterar a Lei n. 8.212/1991, legislação que instituiu o plano de custeio da seguridade social e que não se aplica ao caso da presente execução, que visa à cobrança de débitos de CSLL, tratados em legislação específica.

Cumprido ressaltar, ainda, que em se admitindo a aplicação do artigo 13 da Lei n. 8.620/1993, não se admite a interpretação isolada, ou seja, sem a observância do disposto no artigo 135 do CTN (v.g. STJ, REsp n. 736.428/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 21/08/06).

Outro não tem sido o entendimento desta Terceira Turma, conforme se verifica do seguinte precedente: AC n. 2003.61.82.048966-0, Relator Desembargador Federal Nery Junior, j. 23/10/2008.

Aliás, hoje tal questão encontra-se superada, diante da expressa revogação do artigo 13 da Lei n. 8.620/1993 pelo artigo 65 da MP n. 449, de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009.

Quanto à inclusão de responsável legal pela executada no pólo passivo da ação, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que a simples inexistência de bens passíveis de constrição não é suficiente para configurar a responsabilidade subjetiva de seus sócios, gerentes ou diretores, nem pressupõe necessariamente o encerramento irregular da pessoa jurídica, devendo o Fisco trazer prova da responsabilidade dos administradores (Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 260.107/RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 10/3/04).

Ainda segundo a Superior Corte, o não recolhimento de tributos configura mora da pessoa jurídica executada, não caracterizando, porém, infração legal que possibilite o enquadramento nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN. Nessa linha, também nos casos de quebra da sociedade, não há a inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. *In casu*, não se comprovou o comportamento fraudulento dos sócios, ensejador do redirecionamento da execução (art. 135 do CTN).

Destarte, à impossibilidade de se dar prosseguimento à ação executiva em face da empresa, porquanto já encerrado o processo falimentar, ou em face dos respectivos sócios, à minguada de autorização legal para os respectivos redirecionamentos, afigura-se impositiva a decretação da extinção da demanda. Veja-se decisão do E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. ENCERRAMENTO DA FALÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O encerramento da falência enseja a extinção da execução quando não houver possibilidade de redirecionamento aos sócios-gerentes (q. v., *verbi gratia*: REsp 696.635/RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.11.2007; REsp 715.685/RS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 14.06.2007; Ag 709.720/RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 14.10.2005).

2. O intuito da Fazenda de diligenciar na busca e localização de co-responsáveis pela dívida da empresa não se amolda a quaisquer das hipóteses autorizadas da suspensão do executivo fiscal, constantes do art. 40 da LEF (q. v., *verbi gratia*: AgRg no REsp 758.407/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2006; AgRg no REsp 738.362/RS, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 28.11.2005; REsp 718.541/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 23.05.2005; REsp 912.483/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 29.06.2007).

3. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp n. 758438/RS, 2ª T., Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região), j. 22.04.08, v.u.) (g.n.).

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação, nos termos do art. 557, "caput", do CPC.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARCIO MORAES
Desembargador Federal

00079 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019472-94.2010.4.03.6182/SP
2010.61.82.019472-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP
ADVOGADO : ANA CRISTINA PERLIN e outro
APELADO : DONIZETI TOMAZ DE AQUINO
No. ORIG. : 00194729420104036182 1F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Farmácia - CRF/SP, em face de sentença que, com fundamento nos artigos 267, inciso VI e 598, ambos do Código de Processo Civil, julgou extinta a execução fiscal proposta pelo referido Conselho, objetivando a cobrança de anuidades. (valor da execução em 3/5/2010: R\$ 891,66) Entendeu o MM. Juízo *a quo* pela ausência de interesse de agir do exequente, diante do valor da quantia ora executada, inferior a R\$ 1.000,00. Não submeteu a sentença ao reexame necessário.

Apela o CRF, aduzindo, em síntese, não caber ao Poder Judiciário avaliar os critérios de conveniência e oportunidade para extinguir os feitos de pequeno valor. Pugna pelo prosseguimento da presente execução. Regularmente processado o feito, vieram os autos a esta Corte.

Decido.

Nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, é lícito ao relator dar provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Inicialmente, verifico que o entendimento adotado pelo MM. Juízo *a quo* está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de não submeter a sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório se o valor discutido não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos, conforme o § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.352/2001.

Quanto ao mérito, há que se observar que os requisitos e condições que norteiam o interesse processual na propositura da execução, ou no seu prosseguimento, encontram-se objetivamente definidos na lei e em ato administrativo eventualmente exigido, não cabendo ao juiz firmar por equidade os seus contornos.

In casu, verifica-se que a sentença julgou extinta a ação de execução fiscal, com fundamento na inexistência de interesse de agir, em razão do valor irrisório do débito.

Ao Poder Judiciário é vedado proceder à apreciação da conveniência e da oportunidade da Administração Fiscal para suportar os efeitos da extinção ou da desistência de ações de execução fiscal, invadindo o âmbito de competência atribuído ao Poder Executivo, que deve verificar se tem interesse processual no prosseguimento do feito, de acordo com os critérios legais.

Outrossim, indevida a extinção da execução fiscal, tendo em vista o princípio da indisponibilidade dos direitos da Fazenda Pública na cobrança da dívida ativa, ainda mais diante da inexistência de requerimento da executada.

Destarte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica nesse sentido, como se observa do seguinte aresto, assim ementado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000, 00. ARQUIVAMENTO DO FEITO, SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.982/SP, Relator Ministro Castro Meira, publicado no DJe de 25/5/2009, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), firmou o entendimento de que a execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) deve ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição, devendo ser reativados se os valores dos débitos vierem a ultrapassar tal limite, como resulta da letra do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no REsp 945488/SP, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 10/11/2009, v.u., DJe 26/11/2009)

Na mesma direção, há diversos precedentes desta E. Turma, consoante se observa das seguintes ementas:

"EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DA CAUSA. INDEVIDA A EXTINÇÃO DA AÇÃO.

I- Incabível a extinção da execução fiscal pelo Poder Judiciário, por ausência de interesse de agir em razão da cobrança de débito de valor irrisório, porque o juízo de conveniência e oportunidade do ajuizamento da ação é exclusivo da Fazenda Pública. Nos termos da Medida Provisória n. 1973-63 (e reedições), de 29.06.2000, os autos da execução fiscal deverão ser arquivados sem baixa na distribuição.

II. Apelação provida."

(AC n. 2000.61.02.008667-3, Relatora Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, j. 18/9/2002, v.u., DJ 9/10/2002)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IMPOSTO DE RENDA - VALOR ÍNFIMO - MP Nº 1.973/2000 - ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO.

1 - Dispõe a Medida Provisória nº 1.973 que créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) devem ser arquivados, sem baixa na distribuição.

2- Inexistência da possibilidade de extinção do processo por carência de ação.

3 - Apelação provida."

(AC n. 2001.03.99.038051-0, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, j. 25/09/2002, v.u., DJ 4/12/2002)

De rigor, portanto, a reforma da sentença extintiva do processo, tendo em vista a ausência de amparo legal, combinado com o entendimento consignado nos arestos citados.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para anular a sentença de extinção do processo.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intime-se. Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00080 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022324-91.2010.4.03.6182/SP

2010.61.82.022324-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : Conselho Regional de Farmacia do Estado de Sao Paulo CRF/SP

ADVOGADO : MARCIO DANTAS DOS SANTOS e outro

APELADO : VANDA AKICO UEDA FICK DE SOUZA

No. ORIG. : 00223249120104036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Farmácia - CRF/SP, em face de sentença que, com fundamento nos artigos 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, julgou extinta a execução fiscal proposta pelo referido Conselho, objetivando a cobrança de anuidades e multa punitiva. (valor da execução em 7/5/2010: R\$ 702,25) Entendeu o MM. Juízo *a quo* pela ausência de interesse de agir do exequente, diante do valor da quantia ora executada, inferior a R\$ 1.000,00. Não submeteu a sentença ao reexame necessário.

Apela o CRF, aduzindo, em síntese, não caber ao Poder Judiciário avaliar os critérios de conveniência e oportunidade para extinguir os feitos de pequeno valor. Pugna pelo prosseguimento da execução.

Regularmente processado o feito, vieram os autos a esta Corte.

Decido.

Nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, é lícito ao relator dar provimento a recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

É o caso dos autos.

Inicialmente, verifico que o entendimento adotado pelo MM. Juízo *a quo* está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de não submeter a sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório se o valor discutido não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos, conforme o § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.352/2001.

Quanto ao mérito, há que se observar que os requisitos e condições que norteiam o interesse processual na propositura da execução, ou no seu prosseguimento, encontram-se objetivamente definidos na lei e em ato administrativo eventualmente exigido, não cabendo ao juiz firmar por equidade os seus contornos.

In casu, verifica-se que a sentença julgou extinta a ação de execução fiscal, com fundamento na inexistência de interesse de agir, em razão do valor irrisório do débito.

Ao Poder Judiciário é vedado proceder à apreciação da conveniência e da oportunidade da Administração Fiscal para suportar os efeitos da extinção ou da desistência de ações de execução fiscal, invadindo o âmbito de competência atribuído ao Poder Executivo, que deve verificar se tem interesse processual no prosseguimento do feito, de acordo com os critérios legais.

Outrossim, indevida a extinção da execução fiscal, tendo em vista o princípio da indisponibilidade dos direitos da Fazenda Pública na cobrança da dívida ativa, ainda mais diante da inexistência de requerimento da executada. Destarte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica nesse sentido, como se observa do seguinte aresto, assim ementado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000, 00. ARQUIVAMENTO DO FEITO, SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.982/SP, Relator Ministro Castro Meira, publicado no DJe de 25/5/2009, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), firmou o entendimento de que a execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) deve ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição, devendo ser reativados se os valores dos débitos vierem a ultrapassar tal limite, como resulta da letra do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no REsp 945488/SP, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 10/11/2009, v.u., DJe 26/11/2009)

Na mesma direção, há diversos precedentes desta E. Turma, consoante se observa das seguintes ementas:

"EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DA CAUSA. INDEVIDA A EXTINÇÃO DA AÇÃO.

I- Incabível a extinção da execução fiscal pelo Poder Judiciário, por ausência de interesse de agir em razão da cobrança de débito de valor irrisório, porque o juízo de conveniência e oportunidade do ajuizamento da ação é exclusivo da Fazenda Pública. Nos termos da Medida Provisória n. 1973-63 (e reedições), de 29.06.2000, os autos da execução fiscal deverão ser arquivados sem baixa na distribuição.

II. Apelação provida."

(AC n. 2000.61.02.008667-3, Relatora Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, j. 18/9/2002, v.u., DJ 9/10/2002)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IMPOSTO DE RENDA - VALOR ÍNFIMO - MP Nº 1.973/2000 - ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO.

1 - Dispõe a Medida Provisória nº 1.973 que créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) devem ser arquivados, sem baixa na distribuição.

2- Inexistência da possibilidade de extinção do processo por carência de ação.

3 - Apelação provida."

(AC n. 2001.03.99.038051-0, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, j. 25/09/2002, v.u., DJ 4/12/2002)

De rigor, portanto, a reforma da sentença extintiva do processo, tendo em vista a ausência de amparo legal, combinado com o entendimento consignado nos arestos citados.

Ante o exposto, **dou provimento** à apelação, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para anular a sentença de extinção do processo.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intime-se. Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00081 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0043427-62.2007.4.03.6182/SP

2007.61.82.043427-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos ECT

ADVOGADO : MAURY IZIDORO e outro

APELADO : Prefeitura Municipal de Sao Paulo SP

ADVOGADO : RODRIGO DE SOUZA PINTO e outro

No. ORIG. : 00434276220074036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT em face do Município de São Paulo, objetivando afastar a cobrança de multa decorrente do não cumprimento de obrigação acessória, relativa à taxa de fiscalização de anúncio - TFA. (valor do débito em 01/01/2007: R\$ 923,70)

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedentes os embargos. Entendeu pela legitimidade da taxa em questão, por ser cobrada em razão do exercício do poder de polícia, relacionado à adequação dos estabelecimentos na localização de seus anúncios, além da verificação da observância às condições e requisitos exigidos quando de suas instalações, de modo a evitar abusos. Asseverou que a imunidade tributária não se estende à embargante, por ser esta empresa pública e, portanto, sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Condenou a embargante na verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da causa.

Apela a embargante, sustentando a ilegitimidade da cobrança, pois o artigo 5º, inciso III da Lei Municipal nº 13.474/2002, ao declarar que a taxa de fiscalização de anúncio não incide quanto "*aos anúncios e emblemas de entidades públicas (...), quando colocados nas respectivas sedes ou dependências*", automaticamente excluiu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do recolhimento de tal exação, por ser prestadora de serviço público exclusivo da União. Aduz, ainda, que seus "anúncios" não se revestem de qualquer valor publicitário, sendo meras placas indicativas dos locais a que o público deve se socorrer, no uso do serviço público postal. Regularmente processado o feito, vieram os autos a esta Corte.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, estando sedimentada a jurisprudência sobre a matéria em discussão.

No caso, o MM. Juízo *a quo*, ao decidir pela legitimidade da cobrança da taxa de fiscalização de anúncios, proferiu sentença em consonância com a jurisprudência dominante do Pretório Excelso. Vejamos.

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT em face do Município de São Paulo, objetivando afastar a cobrança de multa decorrente do não cumprimento de obrigação acessória, relativa à taxa de fiscalização de anúncio - TFA.

A Lei nº 9.806/1984, do Município de São Paulo, que dispõe sobre a taxa de fiscalização de anúncios, prevê, em seu artigo 1º, *in verbis*:

"Art. 1º. A Taxa de Fiscalização de Anúncios é devida em razão da atividade municipal de fiscalização do cumprimento da legislação disciplinadora da exploração ou utilização, por qualquer meio ou processo, de anúncios nas vias e nos logradouros públicos, ou em locais deles visíveis ou, ainda, em outros locais de acesso ao público."

Cuida-se de exação decorrente do exercício do poder de polícia municipal, direcionado à manutenção dos meios necessários à fiscalização ao cumprimento da legislação, de modo a viabilizar a coordenação da publicidade, na qual se insere o anúncio, em prol da moral e dos bons costumes.

A matéria em foco já foi objeto de debate pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência assentou-se no sentido da constitucionalidade da taxa de fiscalização de anúncio, conforme revela o seguinte acórdão, assim ementado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIOS - TFA. TAXA DE FISCALIZAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - TFLF. ALEGADA OFENSA AO ART. 145, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Este Tribunal decidiu pela constitucionalidade da cobrança da Taxa de Fiscalização de Anúncios - TFA e da Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento - TFLF, ambas do Município de Belo Horizonte, por entender que são exigidas com fundamento no efetivo exercício do poder de polícia pelo ente municipal.

2. Firmou-se, ainda, o entendimento de que não há identidade entre a base de cálculo das referidas taxas com a do IPTU, situação que não viola a vedação prevista no disposto no artigo 145, § 2º, da Constituição do Brasil.

3. Assentada a efetividade do exercício do poder de polícia para a cobrança das taxas em questão, para que se pudesse dissentir dessa orientação seria necessário o reexame de fatos e provas, circunstância que impede a admissão do extraordinário ante o óbice da Súmula n. 279 do STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AI 618150 AgR/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, j. 13/03/2007, v.u., DJ 27/04/2007).

Nessa esteira, já decidiu a Terceira Turma desta Corte: EAIC nº 91.03.038173-0, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 02/10/2001, DJU 03/04/2002; AC nº 95.03.055345-8, Relator Desembargador Federal Baptista Ferreira, j. 29/05/1996, DJU 19/06/1996; AC nº 1999.03.99.091470-1, Relator Desembargador Federal Nery Junior, Relator para Acórdão Desembargador Federal Carlos Muta, j. 04/06/2003, DJU 17/01/2007.

Portanto, afigura-se legítima a cobrança de taxa de fiscalização de anúncio pelo Município, eis que inserida no exercício do poder de polícia inerente à atividade do poder público municipal.

Ressalte-se que o tributo é exigível independentemente de se tratar de empresa pública federal, uma vez que não há interferência em sua finalidade, mas sim, fiscalização no limite urbano da cidade. Dessa forma, a alegação de que a ECT presta serviço público postal não impede a cobrança da taxa aludida, não gozando a empresa, porque pública ou vinculada à Administração Indireta da União, de qualquer prerrogativa especial para efeito de afastar o exercício regular, pelo Município, de sua competência tributária.

Consigne-se, por oportuno, que à empresa embargante não cabe invocar a imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, "a", da Constituição Federal, com o intento de afastar a presente cobrança, visto que tal exoneração fiscal somente é aplicável aos impostos, não alcançando as taxas (STF, RE 364202/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 5/10/2004, v.u., DJ 28/10/2004).

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00082 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001522-72.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.001522-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : MP LAVANDERIAS LTDA
ADVOGADO : RAFAELA OLIVEIRA DE ASSIS
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 01.00.00023-5 A Vr BARUERI/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por MP Lavanderias Ltda., em face de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, condenando a embargante nas custas e despesas processuais, excluída a verba honorária, em virtude do disposto no Decreto-Lei nº 1.025/1969. (valor da CDA em 31/7/2000: R\$ 96.360,44)

Em decisão de fls. 249, o recurso foi julgado deserto, nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, ante a ausência de preparo.

Dessa decisão, interpôs a embargante agravo de instrumento (AI nº 2005.03.00.016995-6), que teve o provimento concedido por decisão monocrática, para determinar o recebimento do apelo. Tal decisão, por sua vez, foi atacada por agravo inominado interposto pela União, cujo provimento foi deferido para negar provimento ao agravo de instrumento. A embargante opôs embargos de declaração em face do acórdão que deu provimento ao agravo inominado, porém, foram rejeitados.

Regularmente processado o feito, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

Nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, é lícito ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

É o caso dos autos.

De fato, o agravo de instrumento interposto pela embargante em face da decisão que julgou deserta a apelação (AI nº 2005.03.00.016995-6) teve o provimento concedido por decisão monocrática, que determinou o recebimento do apelo. Todavia, tal decisão foi revertida por ocasião do julgamento do agravo inominado interposto pela União, cujo teor transcrevo a seguir:

"Trata-se de agravo inominado interposto pela União, em face de decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento (art. 557, § 1º - A, do CPC), sob o fundamento de que descabido o preparo da apelação interposta em sede de embargos à execução.

Nesses termos, inicialmente, analisei o recurso e lhe dei provimento, calcado que estava na legislação federal aplicável às questões relativas às custas devidas à União na Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Contudo, em se tratando, como no caso presente, de embargos à execução de tributo federal processado perante a Justiça Estadual por delegação de competência, quanto ao preparo do recurso, aplica-se a legislação estadual, conforme determina o art. 1º, § 1º, da Lei 9.289/1996:

"Art. 1º. As custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus, são cobradas de acordo com as normas estabelecidas nesta Lei.

§ 1º - Rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal."

E, sob a égide da Lei Estadual Paulista 4.952/1985, de fato, não incidia a taxa judiciária nos embargos à execução (art. 6º, VI).

Todavia, em 29/12/2003, foi publicada a Lei Estadual Paulista 11.608/2003, que, dispondo sobre taxa judiciária, revogou, em seu art. 12, as disposições em contrário, mormente aquelas contidas na Lei 4.952/1985 (grifos nossos):

"Artigo 12 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2004, revogadas as disposições em contrário, em especial as contidas nas Leis n.ºs. 4.476, de 20 de dezembro de 1984, e 4.952, de 27 de dezembro de 1985."

Portanto, a partir de 1º/1/2004, data em que passou a vigorar as disposições da Lei Estadual 11.608/2003, tanto nos embargos à execução, como em eventual recurso de apelação interposto contra sentença que os julgaram improcedentes, são devidas as custas judiciais.

A mesma conclusão se alcança quando analisado o art. 7º, da citada Lei, o qual prescreve as hipóteses de não incidência de custas, inexistindo qualquer menção aos embargos à execução fiscal ou ao recurso de apelação interposto em razão de sua improcedência:

"Artigo 7º - Não incidirá a taxa judiciária nas seguintes causas:

I - as da jurisdição de menores;

II - as de acidentes do trabalho;

III - as ações de alimentos em que o valor da prestação mensal não seja superior a 2 (dois) salários-mínimos."

In casu, verifica-se que a sentença que julgou os embargos à execução foi proferida em 26/4/2004 (fls. 44-45), portanto, já sob a égide da Lei Estadual 11.608/2003.

Assim, de fato, era dever da empresa-executada providenciar o recolhimento do preparo da apelação, conforme determina o art. 4º da citada Lei.

No sentido ora exposto, esta Corte Federal, em inúmeros julgados, assim decidiu:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECOLHIMENTO DE CUSTAS EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. LEI ESTADUAL. APLICABILIDADE. I - A Lei n.º 9.289, de 04/07/1996 dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de Primeira e Segunda Instâncias, afastando o recolhimento de custas processuais, quando houver a interposição de reconvenção ou embargos à execução.

II - A presente ação tramita na justiça estadual e, segundo o art. 1º, §1º da Lei 9.289/96, a legislação estadual rege a cobrança de custas nestes casos, devendo ser aplicado o dispositivo 4º, II da Lei Estadual n.º 11.608/03, conforme dispõe o art. 1º §1º da Lei 9.289/96.

III - Consoante o art. 6º, inciso VI, da Lei do Estado de São Paulo n. 4.952/85, não incidia a taxa judiciária nos embargos à execução. Todavia, a Lei Estadual Paulista n. 11.608/03 - que passou a produzir efeitos em 01 de janeiro de 2004 - expressamente revogou tal disposição (art. 12).

IV - Precedentes desta Corte.

V - Agravo de instrumento improvido."

(AG 2008.03.00.013961-8, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, j. 2/10/2008, DJF3 de 5/12/2008, p. 747)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PROCESSADA NA JUSTIÇA ESTADUAL. LEI ESTADUAL Nº 11.608/03. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.

1. Sedimentada a jurisprudência, firme no sentido de que a ação de embargos que tramita perante a Justiça Estadual, sujeitasse ao regimento local de custas. O recurso de apelação foi interposto na vigência da Lei n.º 11.608/03, que passou a regulamentar o recolhimento de custas dos serviços forenses no âmbito do Estado de São Paulo, sujeitando-se, portanto, a embargante, ao seu recolhimento, não se aplicando, na espécie, o Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dispõe sobre as custas no âmbito da Justiça Federal, pelo que deserta a apelação da agravante.

2. Precedentes do STJ e desta Corte.

3. Agravo inominado desprovido."

(AG 2007.03.00.064686-0, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, j. 17/1/2008, DJU de 30/1/2008, pg. 393)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo inominado, para negar provimento ao agravo de instrumento."

Ao proceder à consulta junto ao Sistema de Acompanhamento Processual (SIAPRO) verifica-se, ainda, que o acórdão mencionado transitou em julgado em 26/10/2010.

Nesses termos, a decisão proferida no agravo de instrumento repercute diretamente no presente recurso, o qual não pode ser apreciado, ante o reconhecimento da deserção.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, caput, do CPC, **nego seguimento** à apelação.

Decorrido o prazo para interposição de recurso, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00083 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002871-71.2001.4.03.6103/SP

2001.61.03.002871-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : FERNANDO OLIVEIRA ROCHA
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO MEM e outros
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por MEM & ROCHA CONTABILIDADE S/C LTDA e FERNANDO OLIVEIRA ROCHA, em face do acórdão de fls. 91/93 que deu provimento à apelação dos impetrantes.

Alegam os embargantes, em síntese, que há omissão no acórdão embargado, pois consta no corpo da decisão menção à empresa impetrante, no entanto, na qualificação das partes só consta o nome do impetrante Fernando. Sustenta que tal omissão pode gerar embaraço na execução do título judicial. Requer que constem como apelantes Fernando Oliveira Rocha e MEM & ROCHA Contabilidade S/C Ltda.

Decido.

Inicialmente reconheço a ocorrência de erro material na autuação da apelação, pois, constou somente o nome do impetrante Fernando Oliveira Rocha.

Ressalto, porém, que no relatório e voto que fazem parte do acórdão, há clara menção à empresa impetrante, como o próprio embargante observou.

Dessa forma, de ofício, determino a correção do erro material na autuação, para que conste como apelantes MEM & ROCHA CONTABILIDADE S/A LTDA. e FERNANDO OLIVEIRA ROCHA, republicando-se, após, o acórdão, restando prejudicados os embargos de declaração opostos.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00084 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009036-76.2010.4.03.6182/SP
2010.61.82.009036-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES
APELANTE : Conselho Regional de Enfermagem em Sao Paulo COREN/SP
ADVOGADO : RAFAEL MEDEIROS MARTINS e outro
APELADO : MARIA ELENA BARBOSA DOS SANTOS
No. ORIG. : 00090367620104036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem em São Paulo - COREN/SP em face de sentença que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a execução fiscal ajuizada contra MARIA ELENA BARBOSA DOS SANTOS, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em razão do valor do débito ser inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

O MM. Juízo *a quo* deixou de condenar a exequente em sucumbência.

O valor executado, na data de 28/1/2010, era de R\$ 457,46 (fls. 2/4), referente a anuidades de auxiliar de enfermagem.

O COREN, em seu recurso, pleiteia a reforma da sentença, sustentando a higidez do título executivo, bem como a impossibilidade da extinção da execução em razão do valor ser inferior a mil reais (fls. 15/23).

Regularmente processado o feito, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

O artigo 34 da Lei nº 6.830/1980 impõe uma sistemática recursal diversa da disciplinada pelo Código de Processo Civil. A intenção do legislador, ao editar a LEF, foi justamente impedir a remessa de demandas nas quais se discutem valores reduzidos para a segunda instância.

Prevê o indigitado dispositivo:

*"Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.
§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição."*

Anote-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, na sistemática dos recursos repetitivos, a questão relativa à atualização do valor de alçada na execução fiscal, para cabimento de apelação, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DE ALÇADA. CABIMENTO DE APELAÇÃO NOS CASOS EM QUE O

VALOR DA CAUSA EXCEDE 50 ORTN'S. ART. 34 DA LEI N.º 6.830/80 (LEF). 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27, EM DEZ/2000. PRECEDENTES. CORREÇÃO PELO IPCA-E A PARTIR DE JAN/2001.

1. O recurso de apelação é cabível nas execuções fiscais nas hipóteses em que o seu valor excede, na data da propositura da ação, 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, à luz do disposto no artigo 34, da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980.

2. A ratio essendi da norma é promover uma tramitação mais célere nas ações de execução fiscal com valores menos expressivos, admitindo-se apenas embargos infringentes e de declaração a serem conhecidos e julgados pelo juízo prolator da sentença, e vedando-se a interposição de recurso ordinário.

3. Essa Corte consolidou o sentido de que "com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo", de sorte que "50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia".

(REsp 607.930/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 206) 4. Precedentes jurisprudenciais: AgRg no Ag 965.535/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/10/2008, DJe 06/11/2008; AgRg no Ag 952.119/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJ 28/02/2008 p. 1; REsp 602.179/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006 p. 161.

5. Outrossim, há de se considerar que a jurisprudência do Egrégio STJ manifestou-se no sentido de que "extinta a UFIR pela Medida Provisória nº 1.973/67, de 26.10.2000, convertida na Lei 10.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte para com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo IBGE, na forma da resolução 242/2001 do Conselho da Justiça Federal". (REsp 761.319/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20/03/2006 p. 208) 6. A doutrina do tema corrobora esse entendimento, assentando que "tem-se utilizado o IPCA-E a partir de então pois servia de parâmetro para a fixação da UFIR. Não há como aplicar a SELIC, pois esta abrange tanto correção como juros". (PAUSEN, Leandro. ÁVILA, René Bergmann. SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito Processual Tributário. 5.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 404) 7. Dessa sorte, mutatis mutandis, adota-se como valor de alçada para o cabimento de apelação em sede de execução fiscal o valor de R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), corrigido pelo IPCA-E a partir de janeiro de 2001, valor esse que deve ser observado à data da propositura da execução.

8. In casu, a demanda executiva fiscal, objetivando a cobrança de R\$ 720,80 (setecentos e vinte reais e oitenta centavos), foi ajuizada em dezembro de 2005. O Novo Manual de Cálculos da Justiça Federal, (disponível em), indica que o índice de correção, pelo IPCA-E, a ser adotado no período entre jan/2001 e dez/2005 é de 1,5908716293. Assim, R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), com a aplicação do referido índice de atualização, conclui-se que o valor de alçada para as execuções fiscais ajuizadas em dezembro/2005 era de R\$ 522,24 (quinhentos e vinte e dois reais e vinte e quatro centavos), de sorte que o valor da execução ultrapassa o valor de alçada disposto no artigo 34, da Lei n.º 6.830/80, sendo cabível, a fortiori, a interposição da apelação.

9. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1168625/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. 9/6/2010, DJe 1/7/2010, grifos meus)

No caso, verifico que o valor da execução, fixado em R\$ 457,46 para 28 de janeiro de 2010, não atinge o valor previsto no artigo 34 da Lei nº 6.830/1980, tendo em vista que inferior a 50 ORTN.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao recurso como apelação.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00085 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0042491-37.2007.4.03.6182/SP
2007.61.82.042491-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal MÁRCIO MORAES

APELANTE : ALVARO PARDO CANHOLI

ADVOGADO : JOSE MARIO ARAUJO DA SILVA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00424913720074036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por ALVARO PARDO CANHOLI, ao argumento de que o crédito da embargada, referente a imposto de renda de pessoa física, ainda se encontra em fase de discussão no âmbito administrativo, além de que haveria vícios de inscrição na CDA. Pugna sejam julgados procedentes os embargos (valor da execução: R\$ 38.898,66) (fls. 2).

O Magistrado singular concedeu prazo de dez dias para que a parte autora emendasse a inicial, a fim de sanar as seguintes irregularidades: ausência de instrumento de procuração, cópia dos autos de penhora e da certidão da dívida ativa, sob pena de indeferimento (fls. 23).

O embargante deixou de se manifestar, nos autos, consoante certidão exarada às fls. 24.

Processado o feito, o MM. Juízo *a quo* indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 284, § único e 267, I do Código de Processo Civil e art. 1º da LEF.

O embargante apela, repetindo os argumentos expostos na petição inicial. Requer a reforma da decisão (fls. 28/40). Decido.

Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

É o caso dos autos.

O Magistrado deve conceder oportunidade à parte autora para que emende a inicial, ao verificar que não preenche os requisitos dos artigos 282 e 283, ambos do Código de Processo Civil.

À parte autora cabe impugnar a decisão, por meio do recurso próprio, sob pena de preclusão, ou cumpri-la no prazo fixado.

Todavia, o decurso do prazo sem que qualquer das providências seja efetivada, impõe a aplicação da norma contida no artigo 284 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, inúmeros precedentes desta Corte e do E. STJ como, ilustrativamente, demonstram os arestos a seguir: **"PROCESSUAL CIVIL - LITISCONSÓRCIO ATIVO - COMPETÊNCIA - VALOR DA CAUSA - NÃO CUMPRIMENTO DE DESPACHO QUE DETERMINA A EMENDA À INICIAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.**

(*omissis*)

2. Nos termos do artigo 3º§ 3º da Lei n. 10.259/01, a competência dos Juizados Especiais Federais, em razão do valor da causa, é absoluta, de tal sorte que é essencial a sua correta fixação. Neste contexto, imprescindível a apresentação de cálculos, ao menos aproximados, do valor da causa, para que possa determinar a competência do feito.

3. A MMª. Juíza *a quo*, acertadamente, determinou que os autores emendassem a inicial, no prazo de 10 (dias), sob pena de indeferimento, demonstrando de forma clara, precisa e objetiva, a exatidão do valor atribuído à causa (por autor).

4. Não demonstrada a impossibilidade de atendimento da determinação, tampouco impugnada a questão no momento processual oportuno, o seu não cumprimento resulta na ocorrência da preclusão, e, portanto, a matéria não pode mais ser discutida em sede de apelação.

5. Apelação não provida"

(Terceira Turma, AC - 1217490, Processo: 200561040105488, Relator: Des. Fed. Nery Junior, j.: 14/2/2008, DJU: 5/3/2008, página: 383)

"PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - RECONHECIMENTO DA VALIDADE DE APÓLICE DA DÍVIDA PÚBLICA - INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 284 DO CPC.

I - Deixando a parte de dar fiel cumprimento à determinação judicial de adequação do valor da causa no prazo estipulado, configura-se a hipótese do parágrafo único do art. 284 do CPC, justificando-se o indeferimento liminar da inicial.

II - Ainda que tida por descabida a determinação judicial, impunha-se à autora o manejo do recurso assegurado pelo ordenamento com vistas a elidir a ordem judicial. Se decorre "in albis" o prazo para o recurso e, concomitantemente, o prazo para o cumprimento da determinação, não há como deixar de concluir pela inércia do interessado, a qual acarreta acertadamente a extinção do processo sem julgamento do mérito.

III - Apelação desprovida." (*destaquei*)

(Terceira Turma, AC - 847595, Processo: 200161000140526, Relatora: Des. Fed. Cecília Marcondes, j.: 03/11/2004, DJU: 01/12/2004, página: 153)

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À ARREMATÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE.

1. Determinada a emenda no prazo estabelecido pelo art. 284, "caput", o autor não cumpriu a diligência, ensejando o indeferimento da petição inicial.

2. Desnecessária a intimação pessoal da parte, porquanto a situação não representa as hipóteses previstas no artigo 267, II e III, do CPC.

3. Apelação improvida." (*destaquei*)

(Sexta Turma, AC 956472, Processo: 200361820100884, Des. Fed. Mairan Maia, j.: 22/09/2004, DJU: 08/10/2004, página: 385)

"PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA INSERTAS NOS ARTS. 1º, 2º, 463 DO CPC E 1º DO DECRETO-LEI Nº 20.910/32. FALTA. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ABERTURA DE PRAZO. POSSIBILIDADE. JUNTADA DE DOCUMENTOS. ART. 284 DO CPC.

1. As matérias insertas nos artigos 1º, 2º, 463 do CPC, 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32 não foram debatidas pelo Tribunal a quo. Incidência da Súmula 211 desta Corte.

2. **O autor deverá instruir devidamente a petição inicial.** Todavia, é pacífico o entendimento desta Corte de que é cabível a abertura de prazo a fim de que o autor junte documentos, ante a insuficiência da instrução da inicial. **A extinção do processo, sem exame de mérito, somente poderá ser proferida depois de proporcionada à parte a oportunidade de trazer aos autos o documento reputado como indispensável à propositura da ação, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo. Precedentes.**

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (destaquei)

(STJ, Segunda Turma, RESP - 614233, Rel. Min. Castro Meira, Processo: 200302188773, UF: SC, j.: 24/05/2005, DJ:01/08/2005, página: 389)

Releva notar que **foi concedida oportunidade à parte autora** para o cumprimento da determinação judicial. Entretanto, o postulante deixou de se manifestar acerca da determinação de juntada dos documentos descritos na determinação judicial, até mesmo em sede de apelação, quando já operada a preclusão para ela.

Corroborar a assertiva, os julgados a seguir:

"PROCESSO CIVIL. SENTENÇA QUE REJEITA A INICIAL POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM, DEVIDAMENTE PUBLICADA, PARA QUE A PARTE AUTORA CORRIJA O PEDIDO DE MODO A TORNÁ-LO LÍQUIDO E EXEQUÍVEL EM CASO DE PROCEDÊNCIA. PRECLUSÃO DO DESPACHO QUE ORDENOU A PROVIDÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Operada a preclusão da decisão judicial que impôs a emenda da inicial em dez (10) dias sob pena de indeferimento, **se a parte autora não atende a determinação e nem agrava ocorre a preclusão e, portanto, a matéria não pode mais ser discutida em sede de apelação interposta contra a sentença que rejeita a petição exordial.**

2. Apelo a que se nega provimento."

(TRF3, Primeira Turma, AC - 611352, Processo: 200003990429128, Rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo, j. 17/08/2004, DJU 22/09/2004 p.: 206)

"AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DOS FATOS E FUNDAMENTOS DO PEDIDO. DETERMINADA EMENDA. ARTIGO 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESCUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA EXORDIAL. PRECLUSÃO.

Conforme o disposto no art. 284 do Código de Processo Civil, o indeferimento da petição inicial, por ser medida extrema, somente pode ocorrer após a assinatura do prazo de 10 dez dias sem que a parte providencie a emenda determinada.

Dessa forma, intimados para apresentarem os fatos e fundamentos do pedido artigo 282, III e IV, do Código de Processo Civil, os requerentes não cumpriram a diligência, motivo pelo qual a exordial foi indeferida.

Descumprida a determinação da emenda da petição inicial no prazo assinado, incabível a implementação da diligência em face de agravo regimental, visto que abrangida pela preclusão.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ, Segunda Turma, AGRMC - Agravo Regimental Na Medida Cautelar - 6981, Processo: 200301626995, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 04/03/2004, DJ: 28/06/2004 p.:212).

Dessa forma, inadmissível a apreciação da impugnação à decisão, quando já operada a preclusão.

Ante o exposto, nego seguimento à apelação, nos termos do art. 557, caput, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, baixem os autos à origem.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

MARCIO MORAES

Desembargador Federal

00086 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0002905-72.2008.4.03.6112/SP

2008.61.12.002905-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

PARTE AUTORA : ANESIO CABRAL

ADVOGADO : LUCIANO JOSE DA CONCEIÇÃO e outro

PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PRES. PRUDENTE SP

No. ORIG. : 00029057220084036112 3 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de remessa oficial, em face de sentença que concedeu a ordem, em mandado de segurança, para afastar a exigibilidade do imposto de renda incidente sobre proventos de aposentadoria, percebidos de forma acumulada, pugnando para que: (1) "*seja declarado sem efeito o ato impugnado de notificação de lançamento e intimação para recolhimento do valor lançado no 'demonstrativo do Crédito Tributário', e determinado a Autoridade Coatora que proceda a incidência de eventual Imposto de Renda sobre os valores pagos ao impetrante de forma cumulada considerando-os relativos ao período de Março/2000 a Dezembro/2005, incidindo dessa forma o devido imposto mês a mês, e não como um único pagamento efetuado no ano de 2005*"; e (2) "*não seja considerada como omissão de rendimentos o fato do impetrante ter lançado seus proventos previdenciários no campo 'RENDIMENTOS ISENTOS E NÃO TRIBUTÁVEIS'*".

À f. 163 a Fazenda Nacional informou que deixará de recorrer, pois a sentença "*fixou o entendimento em favor da aplicação do regime de competência em sede de apuração do Imposto de Renda incidente sobre rendimentos recebidos acumuladamente, com fundamento no Art. 19, II, Lei 10.522/02, c/c Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional nº 1, de 27 de março de 2009, publicado no Diário Oficial da União em 14 de maio de 2009 (fundamentado no Parecer PGFN/CAT 287/2009 e Parecer PGFN/CAT nº 815/2010)*".

Sem recurso voluntário, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção da sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, tendo em vista o pedido expresso da Fazenda Nacional informando a não interposição de recurso voluntário, resta inviável o reexame da r. sentença, pela remessa oficial, conforme expressamente previsto pelo artigo 19, § 2º, da Lei nº 10.522/02 (*verbis*: "*A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório*"), que remete ao respectivo § 1º (*verbis*: "*Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá manifestar expressamente o seu desinteresse em recorrer*").

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à remessa oficial.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00087 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056267-75.2005.4.03.6182/SP

2005.61.82.056267-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : ASSOCIACAO DAS FILHAS DE NOSSA SENHORA DO MONTE CALVARIO

ADVOGADO : THOMAS BENES FELSBURG e outro

No. ORIG. : 00562677520054036182 5F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial de sentença de procedência de embargos à execução fiscal da Fazenda Nacional, que declarou integralmente extinto o crédito tributário inscrito sob nº 80.7.04.003555-52 e parcialmente o de nº 80.2.04.011604-06, mediante pagamento, bem como reconheceu prescrito o remanescente, fixando verba honorária de R\$ 1.000,00, corrigidos desde o ajuizamento da ação incidental, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde o trânsito em julgado, até o efetivo reembolso (f. 274).

Apelou a Fazenda Nacional, reconhecendo a prescrição do crédito tributário, mas alegando ser incabível a incidência de juros de mora sobre a verba honorária, pois: (1) o seu pagamento, em razão do valor arbitrado, será efetuado através de RPV, nos termos da Resolução nº 559/2007, do Conselho da Justiça Federal, que não prevê a inclusão de juros de mora; (2) após o trânsito em julgado, será expedida a RPV, conforme determina a Resolução nº 559/2007, não se justificando a aplicação de juros, vez que inexistente a mora do ente público; e (3) acaso mantidos os juros, deve ser reduzido o percentual para 0,5% ao mês.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a prescrição, vez que reconhecida expressamente pela própria Fazenda Nacional em sua apelação, não autoriza reforma pela Corte em remessa oficial.

Todavia, a exclusão dos juros moratórios sobre a verba honorária é devida, segundo a jurisprudência consolidada, inclusive no âmbito desta Turma, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes julgados:

AC 2007.60.00.001509-4, Rel. Juiz Fed. Conv. RENATO BARTH, DJF3 09/08/2010: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. A sentença extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual do BACEN, sob a alegação de que os cálculos de execução, elaborados pela Seção de Contadoria Judicial, teriam sido homologados nos autos principais, com a concordância da União. A "homologação" dos cálculos de execução, além de ser providência não mais admitida pela legislação processual desde a Lei nº 8.898/94, limitou-se a promover o acertamento dos valores dos honorários devidos pela União, não pelo BACEN, ora embargante. A esfera de direitos subjetivos do Banco Central do Brasil não se viu alcançada por aquela r. decisão, de tal forma que não se pode falar em perda superveniente do interesse processual. Prosseguimento do feito, na forma do art. 515, § 3º, do CPC. Os embargados manifestaram sua concordância com os critérios de correção monetária apontados como corretos pelo BACEN (do Provimento COGE nº 64/2005), razão pela qual não subsiste mais nenhuma controvérsia. Tratando-se de condenação imposta por força de decisão judicial, não se pode afirmar que a executada tenha incorrido em mora. De fato, o pressuposto para incidência de juros de mora é que a parte devedora tenha incidido em atraso culposo quanto ao pagamento desses valores, o que não é o caso dos honorários de advogado fixados judicialmente. Condenação dos embargados em honorários de advogado. Apelação a que se dá provimento. "

APELREE 2003.61.82.009794-0, Rel. Juiz Fed. Conv. SILVA NETO, DJF3 28/05/2009: "PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL POR RECOLHIMENTO DO DÉBITO ANTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA - CAUSALIDADE DO PODER PÚBLICO NO AJUIZAMENTO - INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS : LEGITIMIDADE - FIXAÇÃO CONSOANTE ARTIGO 20, CPC, PORÉM INDEVIDOS JUROS - PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO PODER PÚBLICO, UNICAMENTE PARA EXCLUSÃO DOS REFERIDOS JUROS 1. Exprime a honorária sucumbencial, como desua essência e assim consagrado, decorrência do exitoso desfecho da causa, em prol de um dos contendores, de tal sorte a assim se recompensar seu patrono, ante a energia processual dispendida, no bojo do feito. 2. O tema da incidência honorária advocatícia merece seja recordado deva equivaler o plano sucumbencial, a título de honorária, a um contexto no qual, em razão do desgaste profundo causado pelo dispêndio de energia processual, torna-se merecedor, o patrono do vencedor, da destinação de certa verba a si ressarcitória a respeito, a em nada se confundir (também relembre-se) com os honorários contratuais, previamente avençados em esfera privada de relação entre constituinte e constituído. 3. Bem estabelece o § 4º do art. 20, CPC, os critérios a serem observados pelo Judiciário, em sua fixação, então impondo-se um mínimo e um máximo a oscilarem entre 10% e 20%. 4. Foi a Fazenda quem deu razão ao ajuizamento dos presentes embargos, tendo-se em vista o pagamento do débito (13/01/1995) ano e meio antes da inscrição em Dívida Ativa (06/06/1996). 5. Inoponível busque o Poder Público "empurrar" ao casual tom ilegível desta ou daquela guia sua deficiência no controle de seu próprio caixa, é dizer, sem que detectado tenha sido o pagamento antes mesmo da inscrição em Dívida Ativa, tudo em nome de tentar por subtrair-se à justa figura sentenciada da sucumbência, de rigor na espécie. 6. De inteiro acerto a r sentença ao fixar os honorários em prol da parte originariamente demandante, estes em percentual em consonância com os contornos do caso vertente, artigo 20, CPC. 7. Sem sucesso a imposição de juros sobre honorários advocatícios sucumbenciais, não havendo "mora" a respeito (brotados da prolação da sentença, com efeito) e assim ausente previsão específica a tanto, suficiente a monetária correção e nos termos da consagração desta C. Corte. Precedentes. 8. Voltando-se a rubrica da correção monetária a combater o deletério efeito da corrosão inflacionária que o decurso do tempo enseja, lícita sua incidência, único o propósito de se tentar por atenuar a perda do valor da moeda de curso legal, evitando-se enriquecimento ilícito e, logo, sendo coerente sua fixação, tal como firmado, sendo o v. Provimento nº 26/2001 justo repositório dos índices correlatos. 9. Parcial provimento à apelação. "

AC 1999.03.99.034038-1, Rel. Juiz Fed. Conv. SOUZA RIBEIRO, DJU 09/04/2008: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 604, C.C. 652, DO CPC. DESCABIMENTO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE CONTA. LIMITE DO VALOR DA EXECUÇÃO PELO VALOR POSTULADO PELA EXEQUENTE. JUROS SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. I - Diante do resultado da sentença, a despeito de haver sido a ação julgada procedente, ocorreu em verdade a parcial procedência dos embargos opostos pela Fazenda Pública diante do valor que a sentença entendeu que devia a execução prosseguir, aplicando-se então a remessa oficial. II - À época em que proferida a decisão nos autos principais (sentença homologatória de conta de liquidação elaborada pela parte autora, vencedora da demanda), o procedimento legal da execução de sentença não contemplava sentença homologatória pelo juízo, bastando à parte vencedora promover a execução com o valor que entendesse cabível, instruindo a petição executória com a memória de cálculos (artigo 604, c.c. 652, do CPC), daí porque sem qualquer efeito a verificada decisão judicial, quanto mais para limitar a parte de promover a execução pelos critérios que entender cabíveis, cabendo a discussão a respeito apenas por provocação da executada em eventuais embargos. III - Ao determinar o valor pelo qual a execução deveria prosseguir, o juízo acabou por considerar um valor para a execução superior àquele que foi postulado pela exequente, que deve se restringir à nova conta apresentada por ela

(que foi a utilizada para fins de citação para a execução), sob pena de ofensa ao princípio da correlação entre o pedido e a providência jurisdicional prestada, conforme arts. 128 e 458/460 do Código de Processo Civil. IV - Por fim, não merece reforma a sentença quanto à determinação de exclusão dos juros propriamente dita, embora aqui se disponha pelo fundamento trazido nestes embargos, por ser indevida incidência de juros sobre a verba honorária diante da natureza da obrigação, que foi imposta apenas pela sentença judicial (não sendo possível tal incidência de juros antes de citação da execução da verba honorária). Precedentes das 2ª e 5ª Turmas deste Tribunal. V - Apelação da parte embargada desprovida. Apelação da parte embargante e remessa oficial, tida por interposta, providas, reformando a r. sentença recorrida para que a execução tenha prosseguimento pelo valor apontado pela embargante."

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e parcial provimento à remessa oficial para afastar os juros de mora sobre a verba honorária, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00088 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002730-10.2006.4.03.6125/SP

2006.61.25.002730-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : C W A INDUSTRIAS MECANICAS LTDA

ADVOGADO : DANIEL MARQUES DE CAMARGO e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00027301020064036125 1 Vr OURINHOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação de sentença de improcedência de embargos à penhora em execução fiscal da Fazenda Nacional, sem condenação em verba honorária, nos termos da Súmula 168/TFR.

Apelou a embargante, alegando, em suma: (1) ilegalidade havida na penhora, pois a pretexto de aceitar o imóvel nomeado, por existir gravame, fez-se a constrição de outro imóvel, igualmente onerado, porém de valor inferior; e (2) a execução deve ocorrer do modo menos gravoso ao devedor, não podendo ser admitidos mecanismos prejudiciais ao executado, sob pena de ferir o equilíbrio entre os interesses das partes, consoante o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil e jurisprudência.

Com contra-razões, vieram os autos à Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a sentença julgou improcedentes embargos à penhora pelos seguintes fundamentos: (1) a via não é adequada a discutir vício da penhora à luz da jurisprudência; e (2) o imóvel, que se havia nomeado, foi rejeitado por não estar livre e desembaraçado, por não observar a ordem do artigo 11 da LEF e por estar supervalorizado, o que poderia impedir a realização de novas penhoras para a garantia efetiva da dívida.

A apelação, porém, deduziu impugnação que não contrastou todos os fundamentos da sentença, a demonstrar que as respectivas razões, por falta de plena correlação, quantitativa e qualitativa, não são aptas a gerar a reforma que se pleiteou. O recurso que ataca tão-somente parte da fundamentação da sentença, deixando sem impugnação o que, por si, basta a respaldar o julgamento, não pode ser conhecido, na forma da assentada jurisprudência da Suprema Corte, que se consolidou na Súmula 283 e que, assim, é igualmente aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda que assim não fosse, a alegação de que a penhora de imóvel diverso do indicado seria ilegal, porque ambos estariam igualmente gravados, sequer foi objeto de comprovação documental, atestando, assim, na perspectiva de ser examinado o mérito de tal postulação, a sua manifesta improcedência como, de resto, foi observado pela sentença que, nesta parte, não foi igualmente impugnada.

Ademais, ainda em caráter eventual, cabe salientar que pacífica é a jurisprudência no sentido de não ser aplicável, em casos que tais, o princípio da menor onerosidade, como invocado, assim porque, conforme interpretação legal do Superior Tribunal de Justiça, **"Oferecido bem à penhora sem observância da ordem prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80, é lícita a não aceitação da nomeação à penhora desses títulos, sem ofensa ao princípio da menor onerosidade, pois a execução é feita no interesse do exequente e não do executado"** (AGRESP 1.172.244, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 22/06/2010).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 01 de outubro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00089 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025263-33.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.025263-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : BANCO ITAU S/A
ADVOGADO : FERNANDO OLAVO SADDI CASTRO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00252633320094036100 6 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em mandado de segurança para afastar a multa objeto do termo de intimação nº 02478336, de 22/09/2009, relativa ao pagamento em atraso do IOF.

Alegou o contribuinte, em suma, que: **(1)** recolheu em atraso o IOF, porém acrescido de juros moratórios, sem a incidência de multa; **(2)** recolheu antes da entrega da DCTF e de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, razão pela qual tem direito à não incidência de multa, nos termos do artigo 138 do CTN; e **(3)** não tendo sido declarados antes do pagamento, não incide na espécie a Súmula 360/STJ.

A r. sentença concedeu a ordem.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando que não se aplica à espécie a denúncia espontânea, pois: **(1)** a obrigação do pagamento do tributo surge com a ocorrência do fato gerador, e não com a data de entrega da DCTF; **(2)** a multa moratória é exigência prevista não só no artigo 59 da Lei nº 8.383/91, mas igualmente no artigo 61 da Lei nº 9.430/96 e no inciso I do Ato Declaratório SRF nº 01/97; e **(3)** a autoridade fiscal não pode se eximir de constituir o crédito tributário, sob pena de responsabilidade funcional.

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal reforma da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o exame dos autos revela que as parcelas do IOF, com vencimentos em 13/05/2009, 25/05/2009, 03/07/2009 e 03/07/2009, foram pagas em 25/05/2009, 03/06/2009, 15/07/2009 e 15/07/2009, respectivamente, com a inclusão de juros (f. 28/31). Posteriormente, os recolhimentos foram declarados em DCTF's (f. 33/46), e comunicados ao Fisco (f. 48/51).

Como se observa, embora o contribuinte tenha recolhido os tributos a destempo, não houve qualquer procedimento anterior, tanto do contribuinte quanto da autoridade fiscal, tendente a afastar a denúncia espontânea, e assim a própria exclusão da multa moratória, razão pela qual, inexistindo a constituição do crédito tributário admite-se a denúncia espontânea.

Neste sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

EARESP 926.647, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJE 12/03/2008: "TRIBUTÁRIO. IOF. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. I - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ante seu manifesto caráter infringente, em atenção aos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade recursal. II - Acerca da denúncia espontânea, esta Colenda Corte Superior firmou entendimento no sentido de que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando não há o denominado autolançamento por meio de prévia declaração de débitos pelo contribuinte, não se encontra constituído o crédito tributário, razão pela qual, nesta situação, a confissão da dívida acompanhada do seu pagamento integral, anteriormente a qualquer ação fiscalizatória ou processo administrativo, configura denúncia espontânea, capaz de afastar a multa moratória, o que é a hipótese dos autos. Precedentes: REsp 836.564/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 03.08.2006; AgRg no REsp 868680/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 27.11.2006 p. 267 e AgRg no Ag 600.847/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005. III - Agravo regimental provido."

AGA 600.847, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 05.09.05: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. CTN, ART. 138. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO FORA DO PRAZO. IRRF. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DIFERENÇA NÃO CONSTANTE DA DCTF. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. I. É cediço na Corte que 'Não resta caracterizada a

denúncia espontânea, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento.' (REsp n.º 624.772/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31/05/2004) 2. *A inaplicabilidade do art. 138 do CTN aos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação funda-se no fato de não ser juridicamente admissível que o contribuinte se socorra do benefício da denúncia espontânea para afastar a imposição de multa pelo atraso no pagamento de tributos por ele próprio declarados. Precedentes: REsp n.º 402.706/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15/12/2003; AgRg no REsp n.º 463.050/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 04/03/2002; e EDcl no AgRg no REsp n.º 302.928/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 04/03/2002.* 3. *Não obstante, configura denúncia espontânea, exoneradora da imposição de multa moratória, o ato do contribuinte de efetuar o pagamento integral ao Fisco do débito principal, corrigido monetariamente e acompanhado de juros moratórios, antes de iniciado qualquer procedimento fiscal com o intuito de apurar, lançar ou cobrar o referido montante, tanto mais quando este débito resulta de diferença de IRRF, tributo sujeito a lançamento por homologação, que não fez parte de sua correspondente Declaração de Contribuições e Tributos Federais.* 4. *In casu, o contribuinte reconhece a existência de erro em sua DCTF e recolhe a diferença devida antes de qualquer providência do Fisco que, em verdade, só toma ciência da existência do crédito quando da realização do pagamento pelo devedor.* 5. *Ademais, a inteligência da norma inserta no art. 138 do CTN é justamente incentivar ações como a da empresa ora agravada que, verificando a existência de erro em sua DCTF e o conseqüente autolancamento de tributos aquém do realmente devido, antecipa-se a Fazenda, reconhece sua dívida, e procede o recolhimento do montante devido, corrigido e acrescido de juros moratórios.* 6. *Exigir qualquer penalidade após a espontânea denúncia é conspirar contra a ratio essendi da norma inserida no art 138 do CTN, malferindo o fim inspirador do instituto, voltado a animar e premiar o contribuinte que não se mantém obstinado ao inadimplemento.* 7. *A denúncia espontânea exoneradora que extingue a responsabilidade fiscal é aquela procedida antes da instauração de qualquer procedimento administrativo. Assim, engendrada a denúncia espontânea nesses moldes, os consectários da responsabilidade fiscal desaparecem, por isso que reveste-se de contraditio in terminis impor ao denunciante espontâneo a obrigação de pagar 'multa', cuja natureza sancionatória é inquestionável. Diverso é o tratamento quanto aos juros de mora, incidentes pelo fato objetivo do pagamento a destempo, bem como a correção monetária, mera atualização do principal.* 8. *Trata-se de técnica moderna indutora ao cumprimento das leis, que vem sendo utilizada, inclusive nas questões processuais, admitindo o legislador que a parte que se curva ao decisum fique imune às despesas processuais, como sói ocorrer na ação monitória, na ação de despejo e no novel segmento dos juizados especiais.* 9. *Agravo regimental a que se nega provimento."*

Assim igualmente tem decidido esta Turma:

- AC 2005.61.00023328-5, Rel. Juiz Conv. ROBERTO JEUKEN, DJF3 13.04.10: "AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/COFINS E AO IRRF. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO ANTERIOR AO PAGAMENTO. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. *Nos moldes do art. 138 do Código Tributário Nacional a responsabilidade pelas infrações tributárias é excluída pela sua denúncia espontânea acompanhada, se o caso, do pagamento do tributo devido, ou do depósito da quantia arbitrada pela autoridade administrativa, quando dependente de apuração.* 2. *No caso em comento, trata-se de contribuições devidas a título de PIS/COFINS e IRRF pagas em atraso, mas antes da entrega das respectivas declarações retificadoras.* 3. *Consoante extraído do conjunto probatório verifica-se que o crédito ora em comento decorreria de falta de pagamento de tributos sujeitos a lançamento por homologação, porém somente declarados em DCTF/DIPJ pela própria autoria após o respectivo pagamento.* 4. *Neste delineamento, consoante a mais recente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o benefício de que trata o art. 138 do Código Tributário Nacional é de ser aplicado em casos que tais.* 5. *A compensação pleiteada não é possível, pois que admitida somente entre tributos, natureza da qual não se reveste a multa, que tem caráter de penalidade, consoante art. 3º, do Código Tributário Nacional. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte.* 6. *Apelo da autoria a que se dá parcial provimento."*

Como se verifica, à luz da jurisprudência consolidada é caso de denúncia espontânea, não se aplicando a Súmula 360/STJ, e tampouco qualquer dos fundamentos da apelação para impedir o gozo do benefício legal de exclusão da multa, pretendida pelo Fisco.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial. Publique-se.

Oportunamente, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00090 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0024312-39.2009.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : LUZINEIDE PEREIRA DE SOUZA
ADVOGADO : PAULO CESAR NEVES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00243123920094036100 8 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em mandado de segurança impetrado com o objetivo de excluir da incidência do imposto de renda os valores, percebidos em rescisão de contrato de trabalho, referente à "gratificação III", prevista no Acordo Coletivo de Trabalho.

A r. sentença concedeu a ordem.

Apelou a Fazenda Nacional, pugnando pela reforma da r. sentença, por ser tributável tal verba rescisória de contrato de trabalho.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela confirmação da r. sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a propósito da exigibilidade do imposto de renda sobre verbas vinculadas a contrato de trabalho, consolidou o Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência, firmando, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 977.207, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE de 17/12/2008: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. FÉRIAS VENCIDAS E NÃO-GOZADAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. PRECEDENTES. 1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os "acréscimos patrimoniais", assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte. 2. O pagamento de indenização por rompimento de vínculo funcional ou trabalhista, embora represente acréscimo patrimonial, está contemplado por isenção em duas situações: (a) a prevista no art. 6º, V, da Lei 7.713/88 ("Ficam isentos do imposto de renda (...) a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei (...)") e (b) a prevista no art. 14 da Lei 9.468/97 ("Para fins de incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos, serão considerados como indenizações isentas os pagamentos efetuados por pessoas jurídicas de direito público a servidores públicos civis, a título de incentivo à adesão a programas de desligamento voluntário"). 3. No domínio do Direito do Trabalho, as fontes normativas não são apenas as leis em sentido estrito, mas também as convenções e os acordos coletivos, cuja força positiva está prevista na própria Constituição (art. 7º, inc. XXVI). Nesse entendimento, não se pode ter por ilegítima a norma do art. 39, XX, do Decreto 3.000/99, que, ao regulamentar a hipótese de isenção do art. 6º, V, da Lei 7.713/88, inclui entre as indenizações isentas, não apenas as decorrentes de ato do poder legislativo propriamente dito, mas também as previstas em "dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho (...)". 4. Pode-se afirmar, conseqüentemente, que estão isentas de imposto de renda, por força do art. 6º, V da Lei 7.713/88, regulamentado pelo art. 39, XX do Decreto 3.000/99, as indenizações por rescisão do contrato pagas pelos empregadores a seus empregados quando previstas em dissídio coletivo ou convenção trabalhista, inclusive, portanto, as decorrentes de programa de demissão voluntária instituídos em cumprimento das referidas normas coletivas. 5. O pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de adicional de 1/3 sobre férias tem natureza salarial, conforme previsto nos arts. 7º, XVII, da Constituição e 148 da CLT, sujeitando-se, como tal, à incidência de imposto de renda. Todavia, o pagamento a título de férias vencidas e não gozadas, bem como de férias proporcionais, convertidas em pecúnia, inclusive os respectivos acréscimos de 1/3, quando decorrente de rescisão do contrato de trabalho, está beneficiado por isenção (art. 39, XX do RIR, aprovado pelo Decreto 3.000/99 e art. 6º, V, da Lei 7.713/88). Precedentes: REsp 782.646/PR, AgRg no Ag 672.779/SP e REsp 671.583/SE. 6. O pagamento feito por liberalidade do empregador, por ocasião da rescisão de contrato de trabalho, não tem natureza indenizatória. E, mesmo que tivesse, estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por isenção. Precedentes da 1ª Seção: EREsp 770.078, EREsp 686.109, EREsp 515.148. 7. Recurso especial parcialmente provido."

- PET nº 6.243, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 13/10/2008: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas: a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida

pele empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador; b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas; c) horas extras; d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais; e) adicional noturno; f) complementação temporária de proventos; g) décimo-terceiro salário; h) gratificação de produtividade; i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical. 3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre: a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia; b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia; c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais; d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho; e) abono pecuniário de férias; f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista; g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador). 4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas pelo empregador em decorrência da renúncia do período de estabilidade provisória levada a termo pelo empregado no momento da rescisão do contrato de trabalho. 5. Embargos de divergência não providos."

- AGRESP nº 1.048.528, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 02/10/2008: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO, POR MERA LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. 1. O imposto de renda incide em verba de natureza salarial, por isso é cediço na Corte que recai referida exação: a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (Precedentes: REsp 763.086/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03.10.2005; REsp 663.396/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 14.03.2005); b) sobre o adicional noturno (Precedente: REsp 674.392/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005); c) sobre a complementação temporária de proventos (Precedentes: REsp 705.265/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.09.2005; REsp 503.906/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.09.2005); d) sobre o décimo-terceiro salário (Precedentes: REsp 645.536/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 07.03.2005; EREsp 476.178/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28.06.2004); sobre a gratificação de produtividade (Precedente: REsp 735.866/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.2005); e) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (Precedentes: REsp 742.848/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.06.2005; REsp 644.840/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.2005); f) sobre horas-extras (Precedentes: REsp 626.482/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2005; REsp 678.471/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005; REsp 674.392/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005) 2. A verba intitulada "gratificação" tem natureza jurídica análoga à da gratificação por mera liberalidade do empregador, consoante assentado no voto condutor do aresto recorrido. 3. Destarte, conforme jurisprudência sedimentada desta Corte Superior, incide o imposto sobre a renda sobre as verbas percebidas a título de "gratificação". 4. Agravo regimental desprovido."

No que releva ao caso concreto, como se observa, firmou-se a orientação de que, quanto às verbas do grupo "indenização" ou "gratificação especial", incide o imposto de renda sobre os valores de rescisão concedidos por liberalidade do empregador, ainda que na demissão sem justa causa, se não houver previsão do pagamento na legislação, acordo ou convenção coletiva de trabalho. Não basta, pois, apenas a prova de que a rescisão ocorreu sem justa causa, por iniciativa do empregador, na medida em que qualquer pagamento, não previsto no ordenamento jurídico, é considerado, conforme a jurisprudência consolidada, como mera liberalidade, configuradora de acréscimo patrimonial, sujeito, assim, ao imposto de renda.

A jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça deve prevalecer sobre os precedentes, inclusive súmulas, em sentido contrário, firmados no âmbito desta Corte e Turma, dada a evidente função constitucional, que lhe foi atribuída, de órgão de uniformização na interpretação e aplicação do direito federal.

Na espécie, considerando a natureza da verba rescisória, à luz da prova produzida nos autos e da jurisprudência consolidada, deve ser excluído da incidência do imposto de renda o valor relativo à verba denominada "gratificação III" porque, prevista na cláusula 9ª do Acordo Coletivo de Trabalho, e não tem natureza de mera liberalidade, mas de pagamento indenizatório por força de ato normativo.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00091 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024674-66.1994.4.03.6100/SP

1999.03.99.000516-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR

AGRAVANTE : CERVEJARIAS REUNIDAS SKOL CARACU S/A
ADVOGADO : SERGIO LUIZ AVENA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 94.00.24674-9 19 Vr SAO PAULO/SP
DESPACHO
Fl. 110: comprove a requerente o alegado.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.
MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

00092 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0712790-73.1997.4.03.6106/SP
1997.61.06.712790-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : FERRO VELHO MODELO LTDA -ME e outro
: MARIA DE FATIMA AMORIM
ADVOGADO : PAULO ROBERTO BRUNETTI e outro
No. ORIG. : 07127907319974036106 6 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que, em execução fiscal, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade "para desconstituir a dívida em cobrança na CDA nº 80.6.97.065847-84, pela ocorrência de prescrição", com análise do mérito nos termos do artigo 269, IV, do CPC, sem condenação em verba honorária.

Apelou a exequente, alegando, em suma: (1) inexistência de prescrição, pois "os créditos cobrados por intermédio da CDA nº 80.6.97.065847-84 foram constituídos pela declaração do contribuinte nº 6017911, entregue em 30/06/1993 (extrato fl. 211). O despacho determinando a citação foi proferido em 21/11/1997 (fl. 02) e a citação ocorreu em 21/08/1998 (fl. 19)"; (2) "no entanto, a executada renunciou à prescrição, na medida em que aderiu, sucessivamente, a três parcelamentos e, nesta condição, efetuou diversos pagamentos. Optou pelo parcelamento comum (em 09/10/1998), pelo REFIS (em 19/04/2000) e requereu parcelamento da Lei 11.941/09 (em 10/11/2009)"; e (3) "os sucessivos parcelamentos requeridos pela executada, nesta hipótese, configuram renúncia à prescrição, nos termos previstos no artigo 191, do Código Civil. O pedido de parcelamento é ato de reconhecimento inequívoco do débito tributário, configurando, portanto, renúncia à alegação de prescrição".

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos, podendo tal matéria ser discutida em exceção de pré-executividade.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado

somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido." - AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "**DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DTCF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.** 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.** 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Na espécie, restou demonstrado que a DCTF foi entregue em **30.06.93** (f. 211), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **07.11.97** (f. 02), dentro, portanto, do prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistente a prescrição.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se e intime-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00093 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001865-57.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.001865-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : MELINA SAYURI FUNATOGAWA

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS LIMA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em mandado de segurança impetrado para afastar a incidência do IRPF sobre verbas rescisórias de contrato de trabalho (férias indenizadas e proporcionais e terços constitucionais), e, subsidiariamente, caso já recolhido o imposto, que se autorize "*proceder junto à SRF ao PEDIDO DE RESTITUIÇÃO e/ou PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO RECONHECIDO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, com autorização no que dispõem os artigos 1º a 4º da IN-SRF-600/2005*".

Após regular processamento, a r. sentença julgou extinto o feito, sem resolução do mérito (artigo 267, VI, e 295, III, ambos do CPC), por falta de interesse processual, por considerar que "*a Receita Federal do Brasil está autorizada a não constituir crédito tributário sobre as férias vencidas, simples e proporcionais, bem como sobre o terço constitucional que incide sobre ambas*", nos termos do Parecer PGFN/CRJ nº 1.905/2004, Ato Declaratório PGFN nº 1/2005, Parecer PGFN/CRJ nº 2.141/2006, Ato Declaratório PGFN nº 16/2006, e Ato Declaratório PGFN nº 6/2008.

Apelou a impetrante, sustentando, em síntese, que: (1) é equivocada a premissa de que "*não houve ato coator' e sim 'erro do ex-empregador'*", pois não pode a fonte deixar de cumprir a obrigação legal de retenção do imposto de renda sobre tais verbas, "*apenas com base na mencionada 'Solução de Divergência' ou nas 'normas editadas pela PGFN' ou ainda em outras 'normas internas da Receita Federal'*", uma vez que tais normativos não tem força de lei; e (2) as férias vencidas ou proporcionais não usufruídas, assim como o adicional de 1/3 sobre tais férias não se sujeitam a incidência do imposto de renda, razão pela qual pugna pela procedência do pedido.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela reforma da sentença. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, é manifestamente procedente o pedido de reforma, pois inequívoco o interesse processual na demanda, considerando que houve previsão no termo de rescisão de contrato de trabalho da retenção e recolhimento fiscal, o qual, inclusive, foi consumado em favor do Fisco, ainda que este alegue que não seria devida a tributação conforme decisões administrativas. Dizer que, em tese, não existe interesse processual apesar de, no plano concreto, estar demonstrado que houve a consumação do fato qualificado pelo impetrante como lesivo a direito líquido e certo, considerando que discutida a exigibilidade, a retenção e o recolhimento do imposto de renda sobre as verbas rescisórias especificadas, torna infundada a extinção do processo sem resolução do mérito, exigindo que se prossiga na solução da controvérsia, o que se faz, na espécie, com fulcro no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

No mérito, a propósito da exigibilidade do imposto de renda sobre verbas vinculadas a contrato de trabalho, consolidou o Superior Tribunal de Justiça a jurisprudência, firmando, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 977.207, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE de 17/12/2008: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. FÉRIAS VENCIDAS E NÃO-GOZADAS. TERÇO CONSTITUCIONAL. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. PRECEDENTES. 1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os "acréscimos patrimoniais", assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte. 2. O pagamento de indenização por rompimento de vínculo funcional ou trabalhista, embora represente acréscimo patrimonial, está contemplado por isenção em duas situações: (a) a prevista no art. 6º, V, da Lei 7.713/88 ("Ficam isentos do imposto de renda (...) a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei (...)") e (b) a prevista no art. 14 da Lei 9.468/97 ("Para fins de incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos, serão considerados como indenizações isentas os pagamentos efetuados por pessoas jurídicas de direito público a servidores públicos civis, a título de incentivo à adesão a programas de desligamento voluntário"). 3. No domínio do Direito do Trabalho, as fontes normativas não são apenas as leis em sentido estrito, mas também as convenções e os acordos coletivos, cuja força impositiva está prevista na própria Constituição (art. 7º, inc. XXVI). Nesse entendimento, não se pode ter por ilegítima a norma do art. 39, XX, do Decreto 3.000/99, que, ao regulamentar a hipótese de isenção do art. 6º, V, da Lei 7.713/88, inclui entre as indenizações isentas, não apenas as decorrentes de ato do poder legislativo propriamente dito, mas também as previstas em "dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho (...)". 4. Pode-se afirmar, conseqüentemente, que estão isentas de imposto de renda, por força do art. 6º, V da Lei 7.713/88, regulamentado pelo art. 39, XX do Decreto 3.000/99, as indenizações por rescisão do contrato pagas pelos empregadores a seus empregados quando previstas em dissídio coletivo ou convenção trabalhista, inclusive, portanto, as decorrentes de programa de demissão voluntária instituídos em cumprimento das referidas normas coletivas. 5. O pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de adicional de 1/3 sobre férias tem natureza salarial, conforme previsto nos arts. 7º, XVII, da Constituição e 148 da CLT, sujeitando-se, como tal, à incidência de imposto de renda. Todavia, o pagamento a título de férias vencidas e não gozadas, bem como de férias proporcionais, convertidas em pecúnia, inclusive os respectivos acréscimos de 1/3, quando decorrente de rescisão do contrato de trabalho, está beneficiado por isenção (art. 39, XX do RIR, aprovado pelo Decreto 3.000/99 e art. 6º, V, da Lei 7.713/88). Precedentes: REsp 782.646/PR, AgRg no Ag 672.779/SP e REsp 671.583/SE. 6. O pagamento feito por liberalidade do empregador, por ocasião da rescisão de contrato de trabalho, não tem natureza indenizatória. E, mesmo que tivesse, estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por isenção. Precedentes da 1ª Seção: EREsp 770.078, EREsp 686.109, EREsp 515.148. 7. Recurso especial parcialmente provido."

- PET nº 6.243, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE de 13/10/2008: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas: a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador; b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas; c) horas extras; d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais; e) adicional noturno; f) complementação temporária de proventos; g) décimo-terceiro salário; h) gratificação de produtividade; i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical. 3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre: a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia; b)

licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia; c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais; d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho; e) abono pecuniário de férias; f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista; g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador). 4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas pelo empregador em decorrência da renúncia do período de estabilidade provisória levada a termo pelo empregado no momento da rescisão do contrato de trabalho. 5. Embargos de divergência não providos."

- AGRESP nº 1.048.528, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE de 02/10/2008: "**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO, POR MERA LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. 1. O imposto de renda incide em verba de natureza salarial, por isso é cediço na Corte que recai referida exação: a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (Precedentes: REsp 763.086/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03.10.2005; REsp 663.396/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 14.03.2005); b) sobre o adicional noturno (Precedente: REsp 674.392/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005); c) sobre a complementação temporária de proventos (Precedentes: REsp 705.265/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.09.2005; REsp 503.906/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.09.2005); d) sobre o décimo-terceiro salário (Precedentes: REsp 645.536/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 07.03.2005; EREsp 476.178/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28.06.2004); sobre a gratificação de produtividade (Precedente: REsp 735.866/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.2005); e) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (Precedentes: REsp 742.848/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.06.2005; REsp 644.840/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.2005); f) sobre horas-extras (Precedentes: REsp 626.482/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2005; REsp 678.471/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.08.2005; REsp 674.392/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005) 2. A verba intitulada "gratificação" tem natureza jurídica análoga à da gratificação por mera liberalidade do empregador, consoante assentado no voto condutor do aresto recorrido. 3. Destarte, conforme jurisprudência sedimentada desta Corte Superior, incide o imposto sobre a renda sobre as verbas percebidas a título de "gratificação". 4. Agravo regimental desprovido."**

No que releva ao caso concreto, como se observa, firmou-se a orientação de que, quanto às verbas do grupo das "*verbas de férias*", é tributável, nos termos da jurisprudência firmada, o pagamento de férias gozadas com o respectivo terço constitucional, diferentemente do que ocorre, no entanto, com as férias vencidas ou proporcionais, e respectivos adicionais, que, por serem indenizadas, na vigência ou na rescisão do contrato de trabalho, não se sujeitam à incidência fiscal.

A jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça deve prevalecer sobre os precedentes, inclusive súmulas, em sentido contrário, firmados no âmbito desta Corte e Turma, dada a evidente função constitucional, que lhe foi atribuída, de órgão de uniformização na interpretação e aplicação do direito federal.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, refletindo os julgados proferidos, editou a Súmula 386 da jurisprudência dominante no sentido de que "*São isentos de imposto de renda as indenizações de férias proporcionais e respectivo adicional*". A orientação, agora adotada pela Turma, ruma no sentido da inexigibilidade do tributo sobre tal verba rescisória de contrato de trabalho (AMS nº 2005.61.00007031-1, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 28/07/2009).

Acerca da restituição administrativa, cabe ao impetrante formular o respectivo pedido à autoridade competente, a partir do reconhecimento, aqui, da liquidez e certeza da inexigibilidade fiscal do imposto de renda sobre tais verbas à luz da jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença de extinção sem resolução do mérito e, prosseguindo no julgamento, *ex vi* do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, conceder a ordem, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00094 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034822-30.2007.4.03.6182/SP

2007.61.82.034822-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

APELADO : A CHOCOLANDIA PAULISTA COM/ DE CHOCOLATE E DOCES LTDA -ME
ADVOGADO : GENNE CLEVER ALVES SANCHES e outro
No. ORIG. : 00348223020074036182 11F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em face de sentença que julgou extinta a execução fiscal, em virtude do cancelamento da inscrição na dívida ativa (artigo 26 da LEF), condenando a exequente em honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma, que não cabe verba honorária, em caso de cancelamento da inscrição na dívida ativa, nos termos do artigo 26 da LEF, e nem nas execuções fiscais não embargadas, incidindo a regra do artigo 1º-D, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180-35, requerendo, quando menos, a redução dos honorários advocatícios, conforme artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o artigo 26 da Lei nº 6.830/80 somente tem aplicação quando o executivo fiscal tenha sido extinto sem acarretar despesas ao executado com o exercício do direito de defesa. No caso de cancelamento da inscrição com pedido de desistência da execução fiscal somente depois da citação, a Fazenda Nacional, em função dos princípios da responsabilidade e causalidade processual, deve ressarcir o executado das despesas com o exercício do direito de defesa, através quer de embargos (Súmula 153/STJ), quer de exceção de pré-executividade. Cabe assinalar, outrossim, que a Lei nº 8.952, de 13.12.94, alterando a redação do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, previu o cabimento da condenação em verba honorária, nas execuções, embargadas ou não, mediante apreciação equitativa do juiz.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes (grifos nossos):

- AgRg no RESP nº 1.048.727, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU de 05.08.08: "PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA - CITAÇÃO DO DEVEDOR - CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários, na hipótese de extinção da execução fiscal antes do julgamento do feito, motivada por cancelamento da inscrição da dívida, em decorrência do pagamento integral do débito. 2. A jurisprudência do STJ firmou-se em sentido idêntico ao acórdão do Tribunal a quo, em outros termos, na execução fiscal, o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa, após a citação do devedor, implica sucumbência e condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios. Agravo regimental improvido."

- RESP nº 1.026.615, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 16.04.08: "RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA APÓS CITAÇÃO E DEFESA DO EXECUTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta. 2. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, havendo extinção da execução fiscal em virtude de pedido de desistência do exequente, efetivado após a citação do executado, são devidos os honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no Resp 907176/RJ, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 07.05.2007; AgRg no REsp 763037/MG, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 23.04.2007; Resp 785921/MG, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 27.02.2007. 3. Recurso especial a que se nega provimento."

- RESP nº 749.539, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 22.11.07: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA APÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR. ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. 1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, em execução fiscal, o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa após a citação do devedor implica a condenação da Fazenda Pública ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 153/STJ: "A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência. "Nesse sentido: AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; REsp 641.525/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 10.5.2006; REsp 689.705/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005. 2. Na hipótese, a própria Fazenda Nacional admite que o executado "adimpliu com o débito na forma como informou", por meio de exceção de pré-executividade. Por outro lado, não há elementos nos autos aptos a demonstrar que a Fazenda Nacional requereu o cancelamento da inscrição de Dívida Ativa antes da citação do devedor. Desse modo, malgrado não acolhida a exceção de pré-executividade, revela-se manifesto que o pedido de desistência da execução, e a sua conseqüente extinção, decorreu dos argumentos formulados na exceção de pré-executividade. Assim, é cabível a fixação de verba honorária. 3. Recurso especial provido."

Desse modo, é inequívoco, em tal contexto, que a execução fiscal, objeto de embargos ou de exceção de pré-executividade pelo devedor, pode ensejar a condenação da exequente em verba honorária, desde que ausente qualquer responsabilidade da própria executada pela propositura da ação.

Na espécie, é manifestamente improcedente o pedido de reforma da r. sentença, vez que não comprovou a apelante que a execução fiscal ocorreu por culpa da executada, como alegado, para efeito de eximir sua responsabilidade processual e a causalidade que foi apurada pela r. sentença para a sua condenação em verba honorária, cujo valor, além do mais, encontra-se absolutamente dentro dos limites do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Nem se alegue, para afastar a condenação em verba honorária, com o disposto na MP nº 2.180-35, de 24.08.01, em vigor por força do artigo 2º da EC nº 32, de 11.09.01, que inseriu na Lei nº 9.494, de 10.09.97, o artigo 1º-D, *verbis*: "*Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas*". Trata-se de preceito que não se aplica às execuções fiscais, consoante assentado pela Suprema Corte no RE nº 420.816, Relator p/ acórdão Sepúlveda Pertence, julgado em 29.09.04, em que restou declarada a constitucionalidade da MP nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, com "*interpretação conforme*", no sentido da restrição do alcance do benefício da dispensa da condenação em verba honorária, exclusivamente, às execuções por quantia certa, contra a Fazenda Pública (artigo 730 do Código de Processo Civil).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00095 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001661-86.2005.4.03.6121/SP
2005.61.21.001661-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : CELSO GOMES e outros
: PAULO ROBERTO DO AMARAL GAMA
: VALTER CESAR FERNANDES FILHO
: AULETE DE FARIA MORAES
: PAULO CAPUCHO BASTOS
: MAURO DOS SANTOS
: PEDRO LUIZ VALENTIM BASTOS
ADVOGADO : JOSE HENRIQUE COURA DA ROCHA e outro
APELADO : ANAEL FELICIO CASSIANO e outros
: GERALDO JOSE PORTO DE MOURA
: LUIZ GONZAGA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JEAN SOLDI ESTEVES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TAUBATE - 21ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00016618620054036121 1 Vr TAUBATE/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em ação proposta para afastar a exigibilidade do IRPF, incidente sobre os valores relativos à "Indenização de Horas Trabalhadas", desembolsados pela Petrobrás, para efeito de repetição.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para "*declarar indevido o pagamento do Imposto de Renda incidente sobre verbas indenizatórias, consistentes em horas extras trabalhadas (IHT), no período de julho/1995 a março/1997*", e autorizar a repetição do indébito, com correção monetária, a partir do recolhimento indevido, e juros moratórios de 1% ao mês até dezembro/95 e, a partir de janeiro/96 somente a taxa SELIC, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Apelou a Fazenda Nacional, pela reforma da r. sentença, alegando, em suma, (1) a ocorrência de prescrição quinquenal; e (2) a legitimidade da exigência impugnada.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de que incide o Imposto de Renda sobre as verbas recebidas a título de "Indenização de Horas Trabalhadas", conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos:

- **RESP nº 1.008.664, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU de 05.08.08, p. 08: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. VERBAS PAGAS PELA PETROBRAS A TÍTULO DE "INDENIZAÇÃO POR HORAS TRABALHADAS" - IHT. NATUREZA JURÍDICA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. 1. Não há violação do artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. Quanto aos arts. 165, I, 168, I, e 150, § 4º, do CTN, o recurso padece da falta do requisito do prequestionamento, viabilizador do acesso às instâncias especiais. Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. Prevaleceu na Seção de Direito Público desta Corte o entendimento de que as verbas pagas pela Petrobras a título de "Indenização por Horas Trabalhadas", por força de Convenção Coletiva de Trabalho correspondem ao pagamento de horas extras, constituindo acréscimo patrimonial, a ensejar a incidência do Imposto de Renda, nos termos do artigo 43 do CTN. Precedente: EREsp 670.514/RN, Rel. Min. José Delgado, DJ 28.05.08, ainda não publicado. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido."**

- **RESP nº 892.573, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 07.08.08: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - CTN, ART. 43 - IMPOSTO DE RENDA - INDENIZAÇÃO DE HORAS TRABALHADAS (IHT) - INCIDÊNCIA - PACIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO PELA PRIMEIRA SEÇÃO. 1. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que incide imposto de renda sobre as verbas recebidas por empregados da Petrobrás, em virtude de horas-extras advindas da diminuição da jornada de trabalho, denominadas de IHT (Indenização de Horas Trabalhadas), por terem natureza remuneratória (EREsp 695499/RJ e EREsp 670514/RN). 2. Recurso especial não provido."**

- **ERESP nº 666.288, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 09.06.08: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PETROBRÁS. HORAS-EXTRAS. INDENIZAÇÃO DE HORAS TRABALHADAS. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. PRECEDENTES. 1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os "acréscimos patrimoniais", assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte. 2. A Primeira Seção, no julgamento do recurso dos Embargos de Divergência 695.499/RJ (Min. Herman Benjamin, DJ de 24.09.07), assentou o entendimento de que o pagamento a título de horas extraordinárias, ainda que efetuado por força de acordo coletivo, configura acréscimo patrimonial e, portanto, é fato gerador de imposto de renda. 3. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos."**

- **RESP nº 782.605, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 04.10.07: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. "INDENIZAÇÃO POR HORAS TRABALHADAS" - IHT. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS E MULTA. MATÉRIA NÃO-PREQUESTIONADA. SÚMULA N. 211/STJ. 1. As verbas pagas pela Petrobrás a título de "Indenização por Horas Trabalhadas" por força de convenção coletiva de trabalho correspondem ao pagamento de horas extras, constituindo acréscimo patrimonial a ensejar a incidência de imposto de renda nos termos do artigo 43 do CTN. 2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo" (Súmula n. 211 do STJ). 3. O acesso à via excepcional nos casos em que o Tribunal, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não soluciona a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."**

Neste mesmo sentido, decidiu a Turma, em precedente de que fui relator, no julgamento da AC nº 2006.61.03.000738-3, julgado em 25 de setembro de 2008, com a ementa assim lavrada:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. VERBAS DENOMINADAS "INDENIZACAO DE HORAS TRABALHADAS" DESEMBOLSADAS PELA PETROBRÁS. INCIDÊNCIA. 1. Em sentido oposto à jurisprudência anteriormente firmada, e adotada pela decisão ora agravada, o Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, definiu que não tem natureza indenizatória a verba de "Indenização de Horas Trabalhadas", paga pela Petrobrás, a legitimar, pois, a incidência do imposto de renda. 2. Agravo inominado provido, para julgar improcedente o pedido, fixada a verba honorária em 5% sobre o valor atualizado da causa."

Ausente o indébito, em virtude da exigibilidade do crédito na forma da legislação impugnada, resta prejudicado o exame da prescrição e da repetição tributária.

Na espécie, evidente a frontal contrariedade da sentença proferida com a jurisprudência no sentido ora consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, daí porque deve ser reformada com a decretação da improcedência do pedido, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma da jurisprudência da Turma, firmada à luz do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e considerando as circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

00096 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0034571-30.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.034571-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : MDX TELECOM LTDA
ADVOGADO : PAULO ROSENTHAL e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SAO PAULO>1ª SSI>SP
No. ORIG. : 00345713020084036100 2 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em ação proposta para suspender a exigibilidade da CPMF à alíquota superior a 0,08%, em que impugnada a validade da EC nº 42/03, no período entre 01/01/04 e 30/03/04, para efeito de compensação.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para reconhecer a inexigibilidade da CPMF acima de 0,08%, no período entre 01/01/04 e 30/03/04, e autorizar a compensação do indébito, com quaisquer tributos administrados pela SRF, com correção monetária pela taxa SELIC, fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Apelou a Fazenda Nacional, pela reforma da r. sentença, alegando, em suma, a exigibilidade da exação, tal como instituída.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da exigibilidade da CPMF, a partir do julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da EC nº 42/03 que prorrogou a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF e manteve a alíquota de 0,38% para o exercício de 2004, conforme acórdão, assim lavrado, no RE nº 566.032/CE, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJE de 23/10/09:

"EMENTA: 1. Recurso extraordinário. 2. Emenda Constitucional nº 42/2003 que prorrogou a CPMF e manteve alíquota de 0,38% para o exercício de 2004. 3. Alegada violação ao art. 195, §6º, da Constituição Federal. 4. A revogação do artigo que estipulava diminuição de alíquota da CPMF, mantendo-se o mesmo índice que vinha sendo pago pelo contribuinte, não pode ser equiparada à majoração de tributo. 5. Não incidência do princípio da anterioridade nonagesimal. 6. Vencida a tese de que a revogação do inciso II do §3º do art. 84 do ADCT implicou aumento do tributo para fins do que dispõe o art. 195, §6º da CF. 7. Recurso provido."

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Turma, Corte e outros Tribunais Regionais:

- AMS nº 2008.61.00.032690-2, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, sessão de 15/04/2010: **"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CPMF. EC Nº 42/2003. PRORROGAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 0,38%. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Encontra-se decidida pela Suprema Corte a validade da EC nº 42/2003, no que revogou, antes do início do exercício de 2004, a redução da alíquota da CPMF de 0,38 para 0,08%, que havia sido prevista pela EC nº 37/2002. Assim porque não se tratou de instituir ou majorar contribuição, mas apenas o de prorrogar, na vigência da alíquota de 0,38%, a cobrança da CPMF. 2. O precedente da Suprema Corte, quanto à inexistência de ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal, reflete a consagração de que não houve inovação normativa capaz de violar o princípio da segurança jurídica, vez que todas as regras tributárias, limitadoras da vigência imediata e alcance temporal, sobretudo no aspecto retroativo, tutelam a segurança jurídica do contribuinte que, em termos gerais, se consubstancia no trinômio clássico do direito liberal: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. O princípio da anterioridade é mais abrangente, em sua proteção, de que qualquer outro princípio de limitação temporal dos efeitos da lei nova. Isto porque tal princípio impede que os efeitos, mesmo prospectivos da lei nova - e, portanto, não ofensivos ao princípio da irretroatividade - não se produzam senão depois de um dado período posterior à publicação e vigência da norma, no caso, de noventa dias. 3. O direito adquirido, na proteção específica do contribuinte, realiza-se dentro dos princípios limitativos da eficácia da norma impositiva. Se, ao tempo da EC nº 42/2003, a alíquota ainda era de 0,38%, pois não alcançado ainda o termo previsto para a sua redução, evidente que esta, na oportunidade, configurava mera expectativa jurídica. No direito tributário, não existe direito adquirido do contribuinte a que seja mantida tal ou qual lei para período futuro, seja no sentido de impedir majoração, seja no sentido de revogar redução tributária, pois o que existe, como tutela constitucional, é o impedimento de lei nova, gravosa ao contribuinte, com efeito retroativo ou sem observância da anterioridade. Ao decidir a Suprema Corte que mera prorrogação de alíquota, sem majoração na situação fiscal vigente, não configura hipótese de normatividade sujeita ao princípio da anterioridade, evidente que tampouco pode estar definida a hipótese de violação à segurança**

jurídica, a direito adquirido e, ainda, ao princípio do equilíbrio atuarial. 4. Sobre este último, como ressaltado pelo próprio contribuinte, o seu campo de discussão coloca-se na hipótese de instituição ou majoração tributária, a demonstrar que se insere no mesmíssimo contexto aplicativo do princípio da anterioridade, ou seja, se houve mera prorrogação da alíquota, cuja expectativa era de redução, mas que não se aperfeiçoou como direito adquirido, não se impõe a análise das restrições típicas da proteção do contribuinte contra a política fiscal do Estado, que foram erigidas não para as situações de neutralidade, mas para as de gravame fiscal. Sob tal enfoque, em que a própria jurisprudência citada pela agravante ampara a conclusão pela constitucionalidade, sem que se tenha, pois, óbice ao julgamento monocrático, é certo que, pelo ângulo típico da necessidade orçamentária, nada foi dito em contrário à presunção de constitucionalidade da EC n° 42/2003, que prorrogou a alíquota de 0,38% para garantir o custeio de despesas nas áreas de saúde, previdência social e combate à pobreza, quanto às quais é histórica, notória e incontestada a insuficiência orçamentária para atender a amplitude e o volume das demandas sociais específicas. 5. Como se observa, a aplicação da jurisprudência, firmada a partir de precedente da Suprema Corte, é suficiente para alcançar toda a gama de preceitos e princípios discutidos na presente ação, mesmo porque não é a literalidade, mas a análise do conteúdo sistêmico da decisão, à vista do que foi decidido ali e do que dele decorre, que permite reconhecer o alcance da interpretação consolidada que, ainda quando aplicada monocraticamente, é susceptível, como não poderia deixar de ser, de reexame pelo colegiado, como ora ocorrido, sem que se esteja, pois, diante de qualquer violação ao devido processo legal. 6. Note-se que, embora impugne a suficiência da jurisprudência que foi adotada, a agravante não juntou qualquer precedente, específico no exame da alíquota da CPMF, capaz de contrapor-se à interpretação defendida, a partir dos precedentes citados pela decisão agravada, a demonstrar que não existe qualquer óbice a inviabilizar o reconhecimento da improcedência da pretensão deduzida na ação. 7. Agravo inominado desprovido."

- AC n° 2004.61.00.017271-1, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 de 25/02/09: "**DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CPMF. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. EMENDA CONSTITUCIONAL 42/03. CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO RETIDO. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 523 CPC. 1. Primeiramente, não conheço do agravo retido. A União Federal em sua apelação deixou de reiterar o pedido conforme preconiza o artigo 523 do CPC. 2. Afasto a alegação de decadência feita pela União Federal. O período a que se refere a ação compreende os três primeiros meses do ano de 2004. A ação foi proposta em 22 de junho de 2004, descabendo alegação de decadência/prescrição. 3. Entendo que a Emenda Constitucional n.º 37/02, ao alterar os arts. 100 e 156, da Constituição Federal, e acrescentar os arts. 84 a 88 ao Ato das disposições Constitucionais Transitórias, apenas dispôs sobre a continuidade da CPMF, de modo a prorrogar a vigência da Lei n.º 9.311/96, com as alterações dadas pela Lei n.º 9.539/97 e pela Emenda Constitucional n.º 21/99, não instituindo ou modificando tal exação, o que exigiria para sua cobrança observância do lapso nonagesimal previsto no art. 195, § 6.º, da Lei Maior. 4. A contribuição foi prorrogada pela emenda 37/02 até 2004, não tendo sido alterados os critérios de determinação do seu montante, quais sejam, hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota, tais como previstos na emenda Constitucional n.º 21/99. 5. Da mesma forma entendo pela constitucionalidade da EC 42/03, posto que não alterou nem modificou a alíquota da CPMF, tendo apenas a prorrogado até 31 de dezembro de 2007. 6. Quanto à alegação de que existiria expectativa de que a alíquota viesse a cair de 0,38% para 0,08% na virada de 2003 para 2004, tal não chegou a ocorrer posto que revogado pela mesma EC 42/03, antes que a minoração ocorresse. Logo, não há que se falar em aumento de algo que não chegou a ocorrer. 7. Precedentes do STF (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 2666-6/DF e 2673-9/DF) e desta Sexta Turma (TRF3 - AC 2006.61.00.010224-9). 8. Agravo retido não conhecido, apelação da União Federal e remessa oficial providas e apelação do contribuinte improvida."**

- AMS n° 2005.51.01.019744-4, Rel. Des. Fed. PAULO BARATA, DJU de 14/11/08: "**TRIBUTÁRIO E MANDADO DE SEGURANÇA - CPMF - PRORROGAÇÃO DA COBRANÇA PELA EC N° 42/03 - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL - PRECEDENTE DO STF. 1. A EC n° 42/03 foi expressa na revogação da alíquota de 0,08% prevista para o exercício de 2004, antes mesmo de referido dispositivo ter eficácia. 2. A prorrogação da cobrança da CPMF não se subsume a nenhuma das hipóteses em que se tem como obrigatória a observância do prazo nonagesimal, previsto no art. 195, § 6º da CF/88, uma vez que não houve instituição nem modificação da contribuição, que continuou com a alíquota de 0,38%, conforme já restou decidido pelo STF, no julgamento da ADI n° 2.666/DF. 3. Apelação improvida."**

- AC n° 2009.83.00.000077-5, Rel. Des. Fed. ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, DEJ de 10/09/09: "**CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - CPMF. SIMPLES PRORROGAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 0,38%. INEXISTÊNCIA DE MAJORAÇÃO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRAZO NONAGESIMAL. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA NO TOCANTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 - Apesar de a Emenda Constitucional n° 37/02 haver previsto a redução da alíquota da aludida contribuição para o exercício fiscal de 2004, preferiu, o constituinte reformador, prorrogar a alíquota até então vigente, levando a efeito o seu intento através das disposições da EC n° 42/2003, o que demonstra que ao contribuinte se reservou, tão somente, mera expectativa de direito. 2 - A cobrança da CPMF, à alíquota de 0,38%, nos meses de janeiro a março de 2004, decorreu de mera prorrogação de norma jurídica de plena eficácia, ocorrida por força da Emenda n° 42/03, restando prejudicada a expectativa de direito do contribuinte de ver aplicada a alíquota de 0,08%, não se podendo falar em inobservância do princípio da anterioridade nonagesimal, pois não configurada a criação ou majoração de tributo. 3 - Não obstante o**

arbitramento da verba honorária em R\$ 1.000,00 (um mil reais), é de se verificar que tal condenação se mostra irrisória, ante o valor atribuído à causa e o tempo despendido para realização do trabalho pelo advogado público, fazendo merecer pequeno reparo no julgado, neste ponto. 4 - Apelação da União provida. Apelação da parte autora improvida. Majoração do valor fixado a título de honorários advocatícios, para 5% do valor da causa."

Ausente o indébito, em virtude da exigibilidade do crédito na forma da legislação impugnada, resta prejudicado o exame do pedido de compensação tributária.

Em consequência da integral sucumbência da parte autora, cumpre condená-la ao pagamento das custas e da verba honorária, que se fixa em 10% sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com os critérios do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, e com a jurisprudência uniforme da Turma.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a r. sentença, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00097 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001150-78.2010.4.03.6100/SP

2010.61.00.001150-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : FELIPE BARROSSI QUINTO SILVA

ADVOGADO : VAGNER ROSSI e outro

APELADO : Universidade Presbiteriana Mackenzie

No. ORIG. : 00011507820104036100 26 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado para "suspender os efeitos da decisão administrativa que não reconheceu a presença do Impetrante a aula do dia 13/11/2009, disciplina 'Negócios", ato aqui impugnado, assegurando ao Impetrante a regular conclusão do curso de 'Administração de Empresas' para os fins profissionais e participação nos eventos de colação de grau universitário e baile de formatura".

Alegou, em suma, o impetrante que: (1) apesar de presente à aula do dia 13/11/09, na disciplina Negócios, foi surpreendido com a notícia de que sua presença "não foi apontada pelo Professor", gerando duas faltas, "vez se tratar de aula dupla", o que, ao final do período, acarretou "o cômputo de 10 (dez) faltas em seu prontuário acadêmico referente a matéria acima citada, excedendo a tolerância de 25% (vinte e cinco) ou 9 (nove) faltas permitidas para aquela disciplina"; (2) procurou o respectivo professor, buscando a regularização a presença, que, em resposta, via e-mail, "admite o erro, mas deixa de atender a solicitação do Impetrante vez que não tem condições materiais de suprir as exigências formais impostas pelo Coordenador do curso de administração de empresas"; (3) somente em 18.01.10 obteve resposta ao seu pedido à instituição de ensino, porém, negativa, o que gerou sua reprovação; (4) instruiu o pedido com mensagem eletrônica do professor, respondendo questionamentos feitos pelo coordenador do curso, admitindo e confirmando o erro cometido, porém, ainda assim, negando a sua solicitação.

A r. sentença indeferiu liminarmente a inicial (artigo 267, I, do CPC, c.c. artigo 10 da Lei nº 12.016/09), denegando a segurança, por considerar que "a questão colocada neste feito depende de prova, impossível de ser produzida na estreita sede do mandado de segurança".

Apelou o impetrante, alegando, em suma, que os documentos carreados aos autos (mensagens eletrônicas trocadas e anotações feitas pelo impetrante) são capazes de demonstrar "que as faltas apontadas no dia 13/11/09 é fruto de um erro assumido pelo professor da matéria 'Negociação'".

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra firme e específico respaldo na jurisprudência a pretensão no sentido da viabilidade do mandado de segurança para a discussão da legalidade de determinado ato, cuja prática esteja comprovada por documento, como tal admitidas as comunicações eletrônicas ("emails"), a teor do que revela, entre outros, o seguinte precedente:

RMS 29.073, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 28.06.10: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO. EXCLUSÃO DO CERTAME. FASE DE INVESTIGAÇÃO DE VIDA FUNCIONAL E INDIVIDUAL. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CERTIDÃO DESABONADORA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Caso em que se impetra mandado de segurança contra ato o qual inabilitou o impetrante do concurso público para o ingresso nas atividades notariais e

de registro do Estado do Acre, com arrimo na alínea "e" do item 10.1.2 do Edital n. 1/2006 (apresentação de certidão positiva do Distribuidor Cível do Estado do Rio de Janeiro). 2. O ato coator é consubstanciado na exclusão do recorrente do concurso público por não comprovação de requisito constante do edital, sendo certo que essa exclusão está devidamente comprovada através de comunicação eletrônica (e-mail) recebida, pelo recorrente, em sua caixa de correio eletrônico. Deveras, esse documento tem a propriedade de comprovar o ato coator e as consequências que dele derivam, o que torna despicienda a juntada do edital. Logo, ressoa inequívoco que o writ of mandamus está guarnecido de prova pré-constituída. (...)"

No caso, a comprovação de que houve a reprovação por excesso de faltas encontra-se documentada por atestado emitido pela instituição de ensino (f. 16) e os fundamentos para tal reprovação e os aspectos fáticos específicos são, ao que consta, objeto de correspondência eletrônica, trocada entre aluno e professor, devendo, pois, ser admitida a impetração, como instruída, para que, ao menos, se processe o mandado de segurança, notificando a autoridade impetrada a fim de que informe os fatos, inclusive se a documentação juntada retrata toda a situação havida ou se, ao contrário, existem outros aspectos a discutir, que possam exigir dilação probatória, incompatível com a via eleita. A inviabilização liminar do mandado de segurança viola, assim, a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar válida e admissível, como prova no mandado de segurança, as correspondências eletrônicas, afastando, por ora, a inadequação da via eleita, sem prejuízo de que, prestadas as informações, com o respectivo exame, se profira outra decisão com ou sem exame do mérito, conforme o caso.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação para desconstituir a r. sentença, a fim de que o feito tenha regular processamento.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00098 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032828-82.2008.4.03.6100/SP
2008.61.00.032828-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : NAHOR LARGHI CAMPOS

ADVOGADO : RUBENS LEAL SANTOS e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em mandado de segurança impetrado para afastar a incidência do IRPF sobre verbas percebidas em reclamação trabalhista (fundo de garantia, férias indenizadas e proporcionais, aviso prévio indenizado e multa rescisória).

A r. sentença julgou extinto o feito, sem resolução do mérito (artigo 267, VI, do CPC), por inadequação da via eleita, pois a *"exação restou determinada em decisão exarada pelo Juízo da 11ª Vara do Trabalho de São Paulo, em fase executória nos autos da reclamação trabalhista autuada sob o nº 2684/2003 (fl. 58), a qual é passível de agravo de petição, nos termos do artigo 897, alínea 'a', da CLT"*.

Foram opostos e rejeitados embargos de declaração do impetrante (f. 132)

Apelou o impetrante, sustentando, em síntese, que: (1) interpôs agravo de petição, junto à Vara do Trabalho, contudo o MM. Juízo o considerou incabível, negando-lhe seguimento, não restando outra via senão a mandamental; (2) *"as matérias relativas às questões previdenciárias e fiscais, são de caráter residual no processo do trabalho, ante a falta de formação da lide com o Erário para discussão da matéria"*; (3) a decisão do processo trabalhista não analisou o mérito da aplicação da lei fiscal, apenas homologou os cálculos, *"equivocados"*, apresentados pelo contador judicial; (4) houve a irregular retenção do imposto de renda sobre as verbas indenizatórias decorrentes de rescisão do contrato de trabalho, razão pela qual deve ser analisado o mérito, com aplicação do artigo 515, § 1º, do CPC, e procedência do pedido, tendo em vista que o valor *"total do imposto de renda calculado foi de R\$ 8.160,65, sendo que dessa importância o montante de R\$ 5.841,76, era indevido"*.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela reforma da sentença.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a sentença aplicou a Súmula 267/STF para considerar inadequada a via eleita, pois cabível recurso contra a decisão judicial proferida, o que, porém, colide com a jurisprudência aplicável à espécie, considerado o objeto da impetração, que não é a impugnação de decisão judicial, mas administrativa ainda que proferida pelo Juiz da reclamação trabalhista que, neste caso, não atua no exercício da jurisdição, mas como fonte responsável pela ordem de retenção e recolhimento do imposto de renda (artigo 28 da Lei 10.833/03).

Assim tem decidido a jurisprudência, inclusive desta Turma diante da própria incompetência da Justiça do Trabalho para decidir, jurisdicionalmente, acerca da exigibilidade fiscal de tributos, a teor do que revelam, entre outros, os seguintes julgados:

AMS 2001.61.14.003244-1, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJU 21.09.05: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA, OBJETO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. DIRIGENTE DE COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES - CIPA. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL (ARTIGO 10, II, A, ADCT). REINTEGRAÇÃO CONVERTIDA EM PECÚNIA. EXECUÇÃO DO JULGADO. RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DAS VERBAS, OBJETO DA CONDENAÇÃO. 1. A preliminar de coisa julgada fica repelida, pois não detém a Justiça do Trabalho a competência legal nem constitucional para o exame da validade, ou não, do IRRF sobre verbas pagas em condenação trabalhista, figurando a previsão de desconto do tributo como mera providência de ordem administrativa, não integrada na coisa julgada, para efeito de impedir a discussão da controvérsia na sede jurisdicional constitucionalmente definida como própria. 2. Caso em que a despedida, sem justa causa, do impetrante, objeto de reclamação trabalhista, ocorreu na vigência da estabilidade provisória prevista para dirigentes de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA, sendo a reintegração (artigo 165, § único, da CLT), convertida em pagamento de verbas equivalentes às contratuais, sem prejuízo das rescisórias, na vigência de tal garantia constitucional (artigo 10, II, a, ADCT), fato jurídico específico, relevante e determinante da feição e caráter indenizatório de todos os valores envolvidos na execução do julgado. 3. Sendo indenizatória a natureza jurídica das verbas, objeto da execução perante o Juízo Trabalhista, é líquido e certo o direito do impetrante de perceber o valor da condenação de forma integral, sem a retenção e o desconto do imposto de renda na fonte. 4. Precedentes.

AC 2003.71.07.013614-7, Rel. Juíza Conv. LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, D.E. 20.08.08: "PROCESSO CIVIL - LEGITIMIDADE - AUTORIDADE IMPETRADA - DELEGADO DA RECEITA FEDERAL - IMPOSTO DE RENDA - VERBAS DECORRENTES DE CONDENAÇÃO DETERMINADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Tratando-se de mandado de segurança onde se questiona a incidência de imposto de renda, tributo sob a competência e a capacidade tributária ativa da União - SRF, detém legitimidade passiva o Delegado da Receita Federal. A determinação do Juiz do Trabalho de retenção na fonte do imposto de renda sobre as verbas pagas em reclamatória trabalhista, configura exercício de responsabilidade tributária e técnica de arrecadação de tributo, não eliminando as atribuições da Receita Federal, nem detendo o magistrado competência para a revisão do ato."

Assim, não se cogitando da hipótese de inadequação da via eleita, cabe desconstituir a r. sentença, sem possibilidade de aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC, vez que a autoridade coatora deixou de ser notificada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação para desconstituir a r. sentença, a fim de que o feito tenha regular processamento.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00099 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001941-73.2008.4.03.6114/SP
2008.61.14.001941-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : EXTERNATO RIO BRANCO S/C LTDA
ADVOGADO : MARISTELA ANTONIA DA SILVA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00019417320084036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que, em embargos à execução, reconheceu a prescrição e julgou extinta a execução fiscal em apenso, nos termos do artigo 269, IV, do CPC, fixada a verba honorária em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma: (1) inexistir a prescrição, pois a DCTF foi entregue em 13.05.99 e a execução fiscal proposta em 12.08.04, sendo que houve adesão ao parcelamento REFIS; e (2) a adesão ao parcelamento configura como causa de interrupção da prescrição, sendo que a embargante aderiu ao REFIS em 18.03.00, sendo o parcelamento do débito rescindido apenas em 01.08.04, quando teve início o curso do prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Subindo os autos, perante a Corte restou noticiada pela embargante a sua adesão ao parcelamento ordinário da Lei nº 11.941/09.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."

- RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."

- AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1.Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."

- AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."

Quanto à interrupção do prazo prescricional na hipótese de parcelamento, consoante o inciso IV do parágrafo único do artigo 174 do CTN, por caracterizar ato inequívoco extrajudicial que importa em reconhecimento do débito pelo devedor, a jurisprudência é pacífica. A título ilustrativo, o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

- REsp 802063, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 27.09.07, p. 227: "TRIBUTÁRIO. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO (EXACIONAL). EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUÊNAL. TERMO INICIAL. ICMS. TRIBUTADO DECLARADO, MAS NÃO PAGO. PEDIDO DE PARCELAMENTO. CAUSA INTERRUPTIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL (ARTIGO 174, PARÁGRAFO ÚNICO). EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ARTIGO 156, V, DO CTN). 1. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor; I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor." 2. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. 3. Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de constituir o crédito tributário, a prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, a saber: (a) regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); (b) regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; (c) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário ex officio; (d) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e (e) regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco decorrente de causas interruptivas do prazo prescricional (In: *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 224/252). 4. Consoante cediço, as aludidas regras prescricionais revelam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 5. Assim, conta-se da data da entrega do documento de formalização do crédito tributário pelo próprio contribuinte (DCTF, GIA, etc) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributo sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl no AgRg no REsp 859597/PE, Primeira Turma, publicado no DJ de 01.02.2007; REsp 567737/SP, Segunda Turma, publicado no DJ de 04.12.2006; REsp 851410/RS, Segunda Turma, publicado no DJ de 28.09.2006; e REsp 500191/SP, desta relatoria, Primeira Turma, publicado no DJ de 23.06.2003). 6. Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN). 7. Entrementes, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo ex vi do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o dies a quo da regra da prescrição desloca-se para a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade. Sob esse enfoque, a doutrina atenta que nos "casos em que a suspensão da exigibilidade ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento". Assim, "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., págs. 219/220). 8. Considere-se, por fim, a data em que suceder qualquer uma das causas interruptivas (ou de reinício) da contagem do prazo prescricional, taxativamente elencadas no parágrafo único, do artigo 174, a qual "servirá como dies a quo do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., pág. 227). 9. In casu: (a) cuida-se de crédito tributário oriundo de saldo remanescente de ICMS (tributo sujeito a lançamento por homologação) relativo aos exercícios de setembro a dezembro de 1989 e de janeiro a fevereiro de 1990; (b) o dever instrumental de entrega da Guia de Informação e Apuração - GIA restou adimplido pelo contribuinte, não tendo sido explicitada a data da entrega pela instância ordinária; (c) a empresa não efetuou o pagamento antecipado da exação; (d) posteriormente, em 30.05.1990, o contribuinte apresentou confissão do débito tributário acompanhada de pedido de parcelamento; (e) deferido o pedido de parcelamento, o sujeito passivo descumpriu o acordo, ao efetuar o pagamento apenas da primeira parcela em 30.10.1990; e (f) a propositura da execução fiscal se deu em 10.7.1997. 10. A regra prescricional aplicável ao caso concreto é a que alude ao reinício da contagem do prazo, ante a ocorrência de causa interruptiva prevista no parágrafo único do artigo 174, do Digesto Tributário, in casu, o pedido de parcelamento formulado em 30.05.1990, que pressupõe a confissão da dívida, ato inequívoco que importa em reconhecimento do débito pelo devedor. Contudo, o prazo da prescrição interrompido pela confissão e pedido de parcelamento recomeça a fluir no dia que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado (Súmula 248/TFR), momento em que se configura a lesão ao direito subjetivo do Fisco, dando azo à propositura do executivo fiscal. 11. Desta sorte, dado que o reinício do prazo prescricional se deu em 30.10.1990 e a execução fiscal restou intentada em 10.07.1997, dessume-se a extinção do crédito tributário em tela, ante o decurso in albis do prazo prescricional quinquenal para cobrança judicial pelo Fisco. 12. Recurso especial a que se nega provimento." grifei

Na espécie, restou demonstrada a data de entrega das DCTF's em **13.05.99** e **11.08.99** (f. 135), tendo sido a execução fiscal proposta antes da entrada em vigor da LC nº 118/05, mais precisamente em 12.08.04. Ocorre que, em **18.03.00** a executada aderiu a parcelamento - interrompendo, assim, o decurso do quinquênio prescricional -, sendo excluída em **01.08.04** (f. 131), com o reinício do prazo de cinco anos, o que impede que se cogite de prescrição, nos termos da Súmula 248/TFR. Assim, da data de exclusão do parcelamento em **01.08.04** até a propositura da execução fiscal em

12.08.04 não decorreu o prazo quinquenal, considerada a aplicação, na espécie, das Súmulas nº 78/TFR e nº 106/STJ, pelo que inexistiu a prescrição.

É certo, pois, que a r. sentença, no que acolheu a tese de prescrição, comporta reforma para julgamento do remanescente (artigo 515, §§ 1º e 2º, CPC).

Todavia, na espécie, houve fato superveniente, pois, junto à Corte, o contribuinte, embargante e apelado, requereu, por adesão ao parcelamento da Lei 11.941/09, a renúncia ao direito em que se funda a ação, por procurador habilitado e com poderes para tanto, fato suficiente para que seja reformada a sentença, salientando que, com a renúncia ao direito em que se funda a ação, o processo é extinto com resolução do mérito (artigo 269, V, CPC), de modo a impedir a rediscussão da causa.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação e à remessa oficial para afastar a prescrição e, diante do pedido formulado, homologar a renúncia ao direito em que fundada a ação, com a decretação da extinção do processo, com resolução do mérito (artigo 269, V, CPC), afastada a condenação em verba honorária, nos termos da Súmula 168/TFR.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00100 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025747-82.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.025747-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA

APELANTE : SAVILE ARTE BRASIL LTDA

ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

No. ORIG. : 00257478220084036100 17 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação, em ação proposta para anular ato de exclusão do SIMPLES NACIONAL (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte), alegando ter sido realizado de ofício, sem observar o contraditório e a ampla defesa.

A r. sentença extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC, vez que o ato de exclusão foi efetuado pelo Município de São Paulo, sendo, portanto, a UNIÃO parte ilegítima no feito, sendo fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da causa.

Apelou a autora, alegando a legitimidade passiva da União Federal, e, no mais, reiterando os termos da inicial.

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

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se literalmente prevista na legislação própria a solução à controvérsia suscitada, dispondo expressamente a LC nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a propósito, que:

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

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

§ 2º Os créditos tributários oriundos da aplicação desta Lei Complementar serão apurados, inscritos em Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

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

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo aos impostos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações prestadas na declaração a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar.

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

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

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

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

Consta dos autos que houve exclusão da apelante do SIMPLES, por iniciativa do Município de São Paulo, conforme informação eletrônica disponível no "site" da Secretaria da Receita Federal, em virtude de "evento administrativo praticado pelo Município" (f. 53).

Na presente ação não houve discussão centrada na exigibilidade de tributos municipais, como previsto no artigo 41, § 5º, II, da LC 123/06, mas com o questionamento do procedimento administrativo de exclusão diante do regime legal aplicável e dos princípios da ampla defesa e contraditório (f. 06), com o que se demonstra que a legitimidade passiva é mesmo da UNIÃO, nos termos do *caput* do artigo supracitado.

Neste sentido tem decidido a jurisprudência regional, a teor do que comprova, entre outros, o seguinte julgado:

AG 00054485320104040000, Rel. Des. Fed. JOEL PACIORNIK, D.E. 13/04/2010: "AGRAVO LEGAL. SIMPLES NACIONAL. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. LEGITIMIDADE. 1. Cumpre ressaltar, desde logo, que apenas o Delegado da Receita Federal detém legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, a par da regra insculpida na própria Lei Complementar n.º 123/2006, que institui o Simples Nacional, em seu art. 41, segundo o qual "os processos relativos a tributos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional". Assenta o § 1.º desse dispositivo, ademais, que os Estados e Municípios, em relação aos tributos de sua competência, apenas prestarão auxílio àquela, na forma a ser disciplinada pelo Comitê Gestor. 2. Assim, não assiste razão a agravante. Como bem lançado pelo magistrado a quo, "Efetivamente, é no sítio da Receita Federal do Brasil que é feita a opção de inclusão no Simples Nacional. A partir dessa formalização, inicia-se um procedimento interno entre as autoridades fazendárias municipal, estadual e federal, no qual são verificadas e informadas eventuais pendências tributárias do contribuinte. Contudo, todo o procedimento perante o contribuinte é intermediado pela Receita Federal. Assim, é a autoridade fazendária federal responsável perante o contribuinte pelos atos de inclusão e exclusão no Simples Nacional." 3. Agravo legal improvido."

No caso concreto, observa-se que a própria Fazenda Nacional, em sua contestação, não cogitou de sua ilegitimidade passiva, exatamente em função do disposto no preceito legal supracitado, aduzindo, apenas, ser necessária a citação do Município, pedido este que deve ser analisado pelo Juízo apelado e, mesmo que deferido, por evidente, não terá o condão de afetar a legitimidade passiva do demandado nem a competência da Justiça Federal.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação para desconstituir a r. sentença para o regular processamento do feito, nos termos supracitados.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00101 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001558-62.2003.4.03.6117/SP

2003.61.17.001558-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : TRANSPORTES PESADOS JCHM LTDA e outro
: ENIO EMILIO MOSCON
No. ORIG. : 00015586220034036117 1 Vr JAU/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida, em face de sentença que, em execução fiscal, declarou, de ofício, a prescrição material, com extinção do feito, nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apelou a Fazenda Nacional, alegando, em suma, que: (1) não ocorreu a prescrição, pois "entre o período que medeia a data de entrega da Declaração (29/05/1998) e a propositura da demanda executiva (16/06/2003), não transcorreu, de forma alguma, o lapso prescricional, (...)"; e (2) aplicável, à espécie, a Súmula nº 106/STJ.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato ou do próprio pagamento dos tributos declarados, a partir da data dos respectivos vencimentos.

Neste sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

- **RESP nº 904.224, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU de 05.09.08: "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional. 3. Recurso especial não provido."**

- **RESP nº 820.626, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJU de 16.09.08: "TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL. 1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui o crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia. 2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo a quo (inicial) do prazo prescricional. 3 - Recurso especial não-provido."**

- **AC nº 2003.61.26.006487-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJE 04/11/2008: "DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO E FORMA DE CONTAGEM. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF E DATA DO VENCIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF, devendo ser contada a prescrição desde então ou, na falta de comprovação documental de tal fato, a partir da data do vencimento dos tributos cobrados. 2. Caso em que, entre a data do vencimento dos tributos e o primeiro ato interruptivo da prescrição, houve o decurso de prazo superior a cinco anos, prejudicando, pois, a pretensão executiva fiscal. 3. Apelação desprovida."**

- **AC nº 2008.03.99051353-9, Rel. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 de 13/01/2009: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. Trata-se de cobrança de IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição, declarados e não pagos, com vencimentos entre 31/01/1994 e 15/01/1996 (Execuções Fiscais em apenso). 2. O art. 174 do CTN disciplina que a ação para a cobrança dos créditos tributários prescreve em cinco anos, a contar da data de sua constituição definitiva. 3. Quanto ao termo inicial para o cômputo do prazo prescricional, verifica-se, na hipótese, tratar-se de créditos fazendários constituídos por intermédio de declarações do contribuinte, não recolhidos aos cofres públicos. Em tais hipóteses, ausente nos autos a data da entrega das respectivas DCTFs, o prazo prescricional deve ser contado a partir da exigibilidade dos valores, ou seja, o vencimento das obrigações. 4. Cumpre ressaltar também que esta Turma tem entendido que, tratando-se de execução ajuizada antes da vigência da LC nº 118/05, incide o disposto na Súmula nº 106 do Egrégio STJ, considerando-se, pois, suficiente o ajuizamento da ação para interrupção do prazo prescricional. 5. Assim, mesmo utilizando-se como parâmetro o disposto na Súmula nº 106, verifica-se que os valores inscritos em dívida ativa foram, de fato, atingidos pela prescrição, pois as execuções fiscais foram ajuizadas em 13/02/2001 e o vencimento mais recente data de 15/01/1996. 6. Prejudicada a análise das demais questões trazidas no apelo. 7. Pela sucumbência verificada, condeno a embargada no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor atualizado da causa, em consonância com o § 4º do artigo 20, do CPC. 8. Provimento à apelação da embargante, para reconhecer a prescrição do crédito tributário."**

Na espécie, restou demonstrado que a DCTF foi entregue em **29.05.98** (f. 89), tendo sido a execução fiscal proposta antes da LC nº 118/05, mais precisamente em **16.06.03** (f. 02), quando, porém, já havia decorrido o quinquênio, mesmo considerando a aplicação da Súmula nº 106/STJ, como requerido pela apelante, de tal modo a justificar, portanto, o reconhecimento da prescrição.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial, tida por submetida.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00102 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000009-28.2009.4.03.6110/SP
2009.61.10.000009-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : RITA DE CACIA VIEIRA ROCHA
ADVOGADO : RICARDO LUIS AREAS ADORNI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação, em mandado de segurança, impetrado na Seção Judiciária de Sorocaba, para impedir a incidência do IRPF sobre verba percebida a título de *"indenização da Estabilidade Gestante"*.

Alegou, em suma, a impetrante que *"à época de sua dispensa encontrava-se em estado de Gestação"*, tendo sido indenizada no período de estabilidade provisória, inclusive com o pagamento de férias e 13º salário, porém, do termo de rescisão constou a retenção do imposto de renda sobre o montante pago, com o que se insurgiu, vez que *"não se trata de renda nova, e sim de uma compensação de ganhos que foram ceifados pelo encerramento das atividades da empresa"*. O Juízo Federal de Sorocaba concedeu prazo para emenda da inicial *"no sentido de corrigir o pólo passivo da ação, indicando corretamente a autoridade impetrada, considerando que sua ex-empregadora, pessoa jurídica substituta tributária, está sediada no município de Jaguariúna/SP, conforme extrato de consulta de fls. 19, e, portanto, encontra-se inserida na esfera de competência do Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP, nos termos do anexo I da Portaria RFB nº 10.166/2007"* (f. 20).

Em resposta, a impetrante informou que a empresa encerrou suas atividades em Jaguariúna e que sua sede, na cidade de Sorocaba, é *"que efetua os pagamentos e rescisões dos funcionários"*, requerendo: (1) a manutenção do Delegado da Receita Federal de Sorocaba no pólo passivo, com o regular processamento do feito; e (2) ou a *"EMENDA a INICIAL, para fazer constar no pólo passivo da demanda, o Delegado da Receita Federal em Campinas/SP, localizado na Avenida Prefeito Faria Lima, 235, Parque Itália, CAMPINAS/SP, requerendo portanto a remessa dos autos para a Justiça Federal em Campinas, para sua regular tramitação"*.

Determinado o depósito judicial dos valores em discussão (f. 25/7), a empresa informou que *"já havia efetuado o recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte"*.

Houve, então, sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito (artigo 267, I, CPC), por considerar *"ausentes as necessárias condições da ação concernentes à adequação da via processual e à legitimidade passiva"*.

Foram opostos e rejeitados os embargos declaração da impetrante (f. 94/94vº).

Apelou a impetrante, alegando, em suma, que: (1) *"EMENDO A INICIAL, ainda que alternativamente ao pedido de tramitação pela subseção judiciária de Sorocaba"*; (2) a via eleita é adequada, vez que a ação foi ajuizada dentro do prazo de 120 dias da ciência do ato coator, quando o tributo ainda não havia sido recolhido, tendo, o mandado de segurança, também *"o condão de buscar a anulação de um ato administrativo e não somente impedir que este ocorra"*; e (3) se existe incompetência do Juízo de Sorocaba, caberia a este, não a extinção, mas a remessa dos autos ao Juízo de Campinas, nos termos do artigo 113 do CPC.

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal, pela manutenção da sentença. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, inclusive na Turma, no sentido de que o mandado de segurança, acerca da exigibilidade de imposto de renda, pode ser impetrado no domicílio fiscal, tanto do contribuinte como do responsável tributário, a teor do que revela, entre outros, o seguinte julgado:

AMS 2005.61.00003767-8, Rel. Des. Fed. MÁRCIO MORAES, DJF3 17/02/2009: "TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELO PATROCINADOR. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. 1. A autoridade impetrada está legitimada a figurar no pólo passivo desta ação mandamental, eis que remanesce a competência do Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo para atuar perante o domicílio fiscal do impetrante, pois, conforme precedentes desta Turma, tem se admitido, em ações semelhantes, que integrem a lide ou a autoridade fiscal do domicílio do contribuinte ou a do domicílio do responsável tributário. 2. Lide que comporta julgamento imediato, nos termos do que dispõe o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil. 3. Com a edição da Lei nº 9.250/95, modificou-se o tratamento fiscal em relação ao imposto de renda incidente sobre as contribuições vertidas pelo participante, alterando-se a sistemática prevista até então pela Lei nº 7.713/88, que determinava a incidência no momento em que eram vertidas ao plano. Pelo novo regramento trazido pela Lei nº 9.250/95 (art. 4º, V), permite-se deduzir da base de cálculo as contribuições feitas pelo empregado e o imposto incide no momento do resgate das contribuições ou do recebimento do benefício. 2. Sobre as contribuições vertidas pela impetrante, durante o período em que se aplicava a sistemática da Lei 7.713/88 já incidiu o imposto de renda. Daí porque é indevida a exação sobre a parte do benefício que provém das contribuições cujo

ônus tenha sido do empregado e que foram vertidas no período compreendido entre 1º.01.89 a 31.12.95, pois os valores já foram tributados na fonte. 3. Para regulamentar a nova situação, evitando-se o bis in idem, foi editada a Medida Provisória nº 2159-70 que exclui da incidência do imposto de renda o valor do resgate de contribuições à previdência privada, exclusivamente no que concerne às parcelas de contribuição efetuadas pela pessoa física, no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, ou seja, no período em que a situação era regulada pela Lei nº 7.713/88, em que o imposto era recolhido na fonte. 4. Apelação provida."

Na espécie, embora o contribuinte tenha domicílio em Campinas, consta dos autos a prova documental de que o responsável tributário, a quem cabe reter e recolher o tributo discutido, alterou o domicílio fiscal para Sorocaba, conforme comprovado pelo próprio termo de rescisão, além de declaração anexa à inicial (f. 11 e 16), ainda que o contrário conste do sistema da SRFB, cujos dados, de certo, não estão atualizados com as informações de encerramento das atividades da matriz e do funcionamento apenas de administração remanescente em Sorocaba, assim demonstrando, portanto, a inviabilidade do reconhecimento da ilegitimidade passiva em detrimento do mandado de segurança. A propósito da inadequação da via eleita, observa-se que, quando da impetração, não havia sido ainda retido e recolhido o imposto de renda, assim demonstrando que havia utilidade e adequação, pois, do mandado de segurança. Ainda que se possa discutir acerca da viabilidade do writ depois de recolhido o imposto pela fonte, quando tardiamente notificada, é inequívoco que, no caso dos autos, existe pedido subsidiário atrelado à declaração de inexigibilidade de tal crédito tributário, consistente no reconhecimento do direito líquido e certo de, na via administrativa, restituir-se ou compensar-se do indébito fiscal, sendo certo a adequação do mandado de segurança para tal finalidade, conforme assentado na Súmula 213/STJ e precedentes específicos, a teor do que revela, entre outros, o seguinte julgado:

AGRESP 1.066.405, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 12/02/2009: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRAZO DE 120 DIAS PARA IMPETRAÇÃO. INAPLICABILIDADE. 1. O Mandado de Segurança é via adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ). 2. O prazo de 120 dias (art. 18 da Lei 1.533/1951) é inaplicável à impetração preventiva. 3. Agravo Regimental não provido. "

Note-se que a hipótese não é de convalidação de compensação feita pelo contribuinte, para fins de enquadramento na proibição da Súmula 460/STJ ("*É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte*"), mas de pedido diverso, consistente no reconhecimento do indébito fiscal para autorizar seja o mesmo posteriormente compensado, dentro da possibilidade da Súmula 213/STJ.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação para desconstituir a sentença a fim de que tenha o feito regular processamento.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00103 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033264-86.2008.4.03.6182/SP
2008.61.82.033264-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : SUPERMERCADO LIDER DO CARRAO LTDA
ADVOGADO : ANTONIO SALIS DE MOURA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
No. ORIG. : 00332648620084036182 11F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

Apelou a embargante, alegando, em suma: (1) a inconstitucionalidade da base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98; (2) *bis in idem* pela cobrança simultânea de correção monetária, multa e juros moratórios; (3) aplicabilidade do artigo 16 da Lei nº 4.862/65; (4) ilegalidade na incidência da taxa SELIC; e (5) aplicação indevida de índices de correção monetária.

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

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, preliminarmente assentada a jurisprudência no sentido da inviabilidade da admissão de apelação quanto à matéria inovadora da lide, não deduzida na inicial nem decidida pela sentença, como ocorre, na espécie, com a

discussão dos itens 01, 03 e 04 da apelação. Tal inovação significaria, na verdade, o reconhecimento da validade da emenda à inicial, promovida diretamente perante a instância *ad quem*, com manifesta violação, tanto da regra do § 2º do artigo 16 da LEF, como de um dos fundamentos básicos do processo civil, firmado no princípio da preclusão temporal, lógica e consumativa dos atos processuais, enquanto garantia da própria celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

Quanto às demais questões deduzidas, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido da improcedência das alegações deduzidas pela embargante, conforme demonstrado nos tópicos de análise em seqüência

(1) Os critérios de apuração da dívida: cumulação de encargos

No tocante à cumulação de correção monetária, juros e multa moratória na apuração do crédito excutido, a improcedência do questionamento é manifesta, pois cada qual dos encargos, com sua natureza jurídica própria e finalidade específica, não permite cogitar de *bis in idem*, conforme revela o próprio artigo 2º, § 2º, da Lei nº 6.830/80. A mera correção monetária, por evidente, não constitui senão a recomposição do valor da moeda, sem implicar, per si, em acréscimo efetivo ao valor do tributo, devendo incidir na apuração do crédito excutido, inclusive nas parcelas referentes às multas fiscais (Súmula 45 do TFR), sem prejuízo da aplicação cumulativa dos juros de mora e da multa moratória (Súmula 209/TFR).

A distinção entre os dois últimos encargos, que justifica a incidência cumulativa, assenta-se no seguinte: os juros moratórios objetivam, no plano do ressarcimento, compensar o Fisco pela demora do contribuinte na satisfação do crédito tributário, ao passo que a multa moratória tem caráter punitivo e objetiva coibir a violação ao dever de recolhimento do tributo no prazo legalmente fixado, donde a viabilidade da cumulação dos encargos nos termos sumulados. De resto, a incidência de ambos os encargos, como decorrência da falta de recolhimento do tributo no prazo e na forma legal, é prevista expressamente pelo artigo 161 do Código Tributário Nacional, que alude que o crédito tributário, em casos que tais, é acrescido de juros de mora, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis. Neste sentido, os seguintes precedentes:

- RESP nº 665.320, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE de 03/03/2008: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DISPENSA. ANÁLISE DA PROVA DOCUMENTAL JUNTADA AOS AUTOS. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DA CDA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. MULTA MORATÓRIA. ART. 52 DO CDC. INAPLICABILIDADE. CUMULAÇÃO DE JUROS DE MORA E MULTA FISCAL. POSSIBILIDADE. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. APLICAÇÃO DA SELIC. LEGALIDADE. 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta 2. O art. 330, inciso I, do CPC permite ao magistrado desprezar a produção de provas quando constatar que a questão é unicamente de direito ou que os documentos acostados aos autos são suficientes para nortear seu convencimento. No caso, as instâncias ordinárias, soberanamente, decidiram pela dispensa de realização probatória. 3. A verificação da presença dos requisitos necessários à CDA demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte. 4. Não se aplica às relações tributárias a redução da multa ao percentual de 2% (dois por cento) previsto na legislação aplicável às relações de consumo. Precedentes: REsp 770.928/RS, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.11.2005; AgRg no Ag 847.574/GO, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 14.05.2007 5. É legítima a cobrança de juros de mora simultaneamente à multa fiscal moratória, pois esta deflui da desobediência ao prazo fixado em lei, revestindo-se de nítido caráter punitivo, enquanto que aqueles visam à compensação do credor pelo atraso no recolhimento do tributo (Súmula 209 do extinto TFR). 6. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários - AgRg nos EREsp 579565/SC, 1ª S., Min. Humberto Martins, DJ de 11.09.2006; AgRg nos EREsp 831564/RS, 1ª S., Min. Eliana Calmon, DJ de 12.02.2007 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido." (g.n.)

- RESP nº 297.885 Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 11.06.01: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE - INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO - DEMONSTRAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - EXECUÇÃO FISCAL - EMPRESA EM CONCORDATA - MULTA FISCAL - EXIGIBILIDADE - CRÉDITO - CONSTITUIÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - CUMULAÇÃO DE JUROS DE MORA E MULTA. Não se conhece do recurso especial se ausente a demonstração de violação a dispositivo de lei federal, bem como se nenhum paradigma jurisprudencial foi trazido à colação para comprovação do dissídio pretoriano. A multa decorrente de infração fiscal é exigível da empresa em regime de concordata, não se lhe aplicando a regra contida no artigo 23, parágrafo único, inciso III, da Lei de Falências. Orientação jurisprudencial firmada pela Egrégia Primeira Seção do STJ (EREsp nº 111.926-PR, julgado em 24/08/2.000). A constituição definitiva do crédito tributário ocorre com o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo. Em se tratando de débito declarado pelo próprio contribuinte e não pago, não tem lugar a homologação formal, sendo o mesmo exigível independentemente de notificação prévia ou instauração de procedimento administrativo. A exigência cumulativa de juros de mora com a multa é prevista pelo artigo 161, caput, do CTN. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, improvido." (g.n.).

(2) Os índices de correção monetária aplicados

No tocante aos índices de correção monetária aplicados, o que se verifica é que a impugnação é igualmente genérica, uma vez que a embargante sequer cogitou de examinar quais foram os critérios legais definidos expressamente no próprio título executivo, para efeito de viabilizar uma impugnação específica e fundamentada, dentro de qualquer dos ângulos necessários à sustentação da tese de excesso de execução.

Em suma, inexistente qualquer ilegalidade, inconstitucionalidade, nulidade ou excesso na execução fiscal ajuizada, sendo, pois, manifestamente improcedentes os embargos do devedor, à luz do que firmado pela jurisprudência consolidada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00104 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0008632-02.2009.4.03.6104/SP
2009.61.04.008632-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal CARLOS MUTA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : ASSOCIACAO TORRE DE VIGIA DE BIBLIAS E TRATADOS
ADVOGADO : JOSE ANTONIO COZZI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00086320220094036104 2 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de apelação e remessa oficial, em face de sentença que concedeu o mandado de segurança, reconhecendo a imunidade da impetrante, em relação ao imposto de importação (II) e ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), sobre produtos adquiridos no exterior, e destinados as suas finalidades essenciais.

Apelou a Fazenda Nacional, pela reforma da r. sentença, alegando, em suma, que (1) "*inexistem provas nos autos de que os bens importados serão, efetivamente, utilizados no cumprimento da 'finalidade essencial' da Apelada, tendo em vista que esta também exerce atividades diversas daquelas*"; e (2) "*não havendo comprovação de que tais equipamentos importados integram ou vão integrar o patrimônio da Apelada e de que estes serão utilizados para uso nas finalidades a que se propõe a 'assistência social', não há certeza no direito evocado*".

Com contra-razões, a impetrante requereu a extinção do mandado de segurança, tendo vista o pagamento do débito fiscal, e que "*sejam riscadas dos autos as expressões injuriosas alinhavadas no sexto parágrafo da fl. 610 do processo, nos termos do artigo 15 do CPC*".

Subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pela extinção do mandado de segurança, nos termos do artigo 267, VIII, do CPC, e pelo não conhecimento do apelo fazendário, por perda superveniente do interesse recursal.

DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, processado o recurso, subiram os autos a esta Corte, tendo a impetrante informado o pagamento do débito fiscal, o que acarreta a extinção do mandado de segurança, por ausência de interesse processual.

No tocante à alegação de que houve violação ao artigo 15 do Código de Processo Civil, não merece prosperar, uma vez que as razões recursais da Fazenda Nacional, não extrapolaram o exercício do direito de defesa, não sendo, assim, expressões injuriosas.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou provimento à remessa oficial, para reformar a r. sentença, e decretar a extinção do mandado de segurança, sem resolução de mérito (artigo 267, VI, CPC), prejudicada a apelação.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

CARLOS MUTA

Desembargador Federal

00105 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030975-78.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.030975-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal NERY JUNIOR
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIO CÉSAR CASARI E CLAUDIA AKEMI OWADA
APELADO : GECI KRUBNIK
No. ORIG. : 02.00.00009-0 2 Vr ITARARE/SP

DESPACHO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal em face do acórdão de fl. 82, o qual, por maioria, negou provimento à sua apelação, restando vencido o Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, que lhe dava provimento, na sessão realizada em 27/11/2008.

Alega a embargante que não consta dos autos o voto vencido, bem como pleiteia sua juntada aos autos com o escopo de verificar a necessidade de interposição de eventual recurso.

Ante o exposto, remetam-se os autos ao Gabinete do Desembargador Federal Carlos Muta para a análise da conveniência da juntada do voto divergente.

Após, retornem os autos conclusos para apreciação das demais questões contidas nos embargos de declaração.

P.R.I.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

MARCELO AGUIAR
Juiz Federal Convocado

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

Expediente Nro 7318/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002364-52.2002.4.03.6111/SP
2002.61.11.002364-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO
APELANTE : DELTA CONTABIL S/C LTDA
ADVOGADO : FAGNER DOS SANTOS CARVALHO
: CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MATTOS
: PAULO SERGIO RIGUETI

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SERGIO AUGUSTO FREDERICO e outro

DESPACHO

Vistos, etc.

Fls. 292:

"Res inter alios"

Indefiro a múnua de amparo legal, a publicação em nome de advogado cuja procuração já está revogada, conforme procuração de fls. 286.

Ademais, o pedido deverá ser postulado em ação própria.

Deixo, contudo, de determinar o desentranhamento do requerido para que, em execução de sentença seja eventualmente analisada.

P.I, o advogado em questão, apenas desta decisão e os advogados legalmente constituídos.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Salette Nascimento
Desembargadora Federal

Boletim Nro 2839/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0616291-55.1991.4.03.6100/SP
93.03.101601-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OSWALDO WETZKER e outro
: LILIAN REGINA MANCUSO
ADVOGADO : ELAINE CRISTINA RANGEL DO N BONAFE FONTENELLE
No. ORIG. : 91.06.16291-6 19 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. NULIDADE RECONHECIDA. SENTENÇA ANULADA.

1. A ausência de intimação pessoal da Fazenda, nos termos dos arts. 38 da LC n. 73/93 e 6º da Lei n. 9.028/95, é causa de nulidade absoluta, eis que demonstrado o prejuízo à mesma.
2. Anulação da sentença.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00002 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0474438-73.1982.4.03.6100/SP
94.03.015802-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
EMBARGANTE : PIRELLI S/A CIA INDL/ BRASILEIRA
ADVOGADO : HAMILTON DIAS DE SOUZA
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00.04.74438-1 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO RECONHECIDO POR SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 1996. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS.

1. O Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em sede de julgamento submetido à sistemática de recurso repetitivo, firmou entendimento sobre a incidência da Taxa SELIC "a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária" (RESP 1111175, Relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Seção, DJe 1/7/2009).
2. Embargos de declaração providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000052-83.1995.4.03.6100/SP
95.03.099767-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : CIA JAUENSE INDL/
ADVOGADO : ROGERIO BORGES DE CASTRO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 95.00.00052-0 9 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CAUTELAR - APELO NA AÇÃO PRINCIPAL JULGADO - PERDA DE OBJETO

- 1- Julgado o feito principal nesta data, prejudicada a presente cautelar, a debater tema do qual a presente um seu incidente, um seu acessório, por superveniente perda de interesse recursal.
- 2- Extinta a cautelar, pois, por prejudicada.
- 3- Prejudicada a apelação interposta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, julgar prejudicada a apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0601694-90.1996.4.03.6105/SP
96.03.092682-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
ADVOGADO : ARTHUR PINTO DE LEMOS NETTO e outros
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 96.06.01694-3 3 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE ATOS COOPERATIVOS PRÓPRIOS. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A COFINS não incide sobre o resultado advindo da prática de atos cooperativos próprios. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RESP 911778, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 24/4/2008).
2. Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.03.097594-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : ACOS PHOENIX BOEHLER LTDA

ADVOGADO : JOSE LUIZ SENNE
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 90.00.47193-1 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO. PRAZO DE 5 ANOS. DESCUMPRIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal entende que o prazo para se iniciar a execução é o mesmo concedido para se propor a ação na qual se funda o título judicial, ou seja, 5 (cinco) anos.
2. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00006 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0057043-79.1995.4.03.6100/SP
97.03.038464-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : BANCO BRASEG S/A
ADVOGADO : DENNIS PHILLIP BAYER e outros
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.57043-2 17 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. OPERAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL. COMPENSAÇÃO DAS PERDAS OCORRIDAS COM OPERAÇÕES DA MESMA NATUREZA. ARTIGO 72, §4º, DA LEI Nº 8.981/95. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

1. A previsão constante do artigo 72, § 4.º da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1.995, ao permitir que a compensação com ganhos auferidos nos meses subsequentes se dê apenas em "operações da mesma natureza" não incide em vício de legalidade à luz do artigo 43, do CTN, ou de inconstitucionalidade (CF. art. 153, inciso I, § 2.º). Precedentes desta Corte (AMS 213.404 e AMS 254442).
2. Remessa oficial provida. Apelação da impetrante improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008400-32.1991.4.03.6100/SP
97.03.062251-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : L C M REPRESENTACOES LTDA
ADVOGADO : MARIA ANGELICA MINETO PIRES
No. ORIG. : 91.00.08400-0 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. MICROEMPRESA. CORRETAGEM E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ATO DECLARATÓRIO N. 24/89. SÚMULA 184 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O representante comercial não pode ser equiparado, por ato infralegal, a outros prestadores de serviço, pena de violação ao princípio da legalidade estrita.
2. O Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem orientação jurisprudencial firme nesse sentido (RESP 127124, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 15/12/97 e Súmula 184)
3. Remessa oficial e apelação da União Federal improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0609596-60.1997.4.03.6105/SP

1999.03.99.025106-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SDK ELETRICA E ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : URSULINO DOS SANTOS ISIDORO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 97.06.09596-9 2 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR PARA PRONTA COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE MULTA E CORREÇÃO INSERIDAS NO PARCELAMENTO DE DÉBITOS DE IPI - INADMISSIBILIDADE, PELO SISTEMA PROCESSUAL, DA SATISFATIVIDADE CAUTELAR BUSCADA - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Incumbe enfatizar-se sobre a índole do processo cautelar, o qual se traduz no mecanismo de obtenção de uma providência assecuratória da subsistência e conservação, material e jurídica, de um bem.
2. Realça-se o cunho provisório e instrumental da cautelar, pois dura até que fato superveniente a torne desnecessária ou que a medida definitiva a substitua, existindo não com finalidade própria, mas em função de outro processo.
3. Como pressupostos de procedência, de mister, como consagrado, estejam presentes, na relação processual invocada, o perigo da demora e a fumaça do bom direito.
4. No caso em tela, busca a parte demandante, ora apelante, provimento jurisdicional que determine a pronta compensação de valores pagos a título de multa e correção inseridas no parcelamento de débitos de IPI, de tal arte que a aqui denominada cautelar inominada desafie insustentavelmente diversos postulados processuais do ordenamento.
5. Impõe a parte final do art. 796, CPC, guarde a cautelar postulada dependência em relação ao feito principal, portanto denotando-se o cunho acessório/instrumental a sempre notabilizar tais intentadas providências.
6. Eventual provimento jurisdicional concessivo da medida aqui vindicada teria o caráter nitidamente satisfativo e, assim, desatenderia àquele elementar tom instrumental inerente à cautelar, cuja finalidade é garantir o resultado útil da ação principal.
7. Busca a parte apelante por medida cautelar objetivamente satisfativa, o que sem amparo no ordenamento e a somente confirmar o acerto da r. sentença recorrida, a qual observante à legalidade processual, inciso II, do art. 5º, CF, e art. 126, CPC, assim aqui mantida segundo os fundamentos ora lançados, prejudicados demais temas suscitados, via de consequência.
8. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0609598-30.1997.4.03.6105/SP
1999.03.99.037380-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SDK ELETRICA E ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : URSULINO DOS SANTOS ISIDORO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 97.06.09598-5 2 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR PARA PRONTA COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE MULTA E CORREÇÃO INSERIDAS NO PARCELAMENTO DE DÉBITOS DE IPI - INADMISSIBILIDADE, PELO SISTEMA PROCESSUAL, DA SATISFATIVIDADE CAUTELAR BUSCADA - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Incumbe enfatizar-se sobre a índole do processo cautelar, o qual se traduz no mecanismo de obtenção de uma providência assecuratória da subsistência e conservação, material e jurídica, de um bem.
2. Realça-se o cunho provisório e instrumental da cautelar, pois dura até que fato superveniente a torne desnecessária ou que a medida definitiva a substitua, existindo não com finalidade própria, mas em função de outro processo.
3. Como pressupostos de procedência, de mister, como consagrado, estejam presentes, na relação processual invocada, o perigo da demora e a fumaça do bom direito.
4. No caso em tela, busca a parte demandante, ora apelante, provimento jurisdicional que determine a pronta compensação de valores pagos a título de multa e correção inseridas no parcelamento de débitos de IPI, de tal arte que a aqui denominada cautelar inominada desafie insustentavelmente diversos postulados processuais do ordenamento.
5. Impõe a parte final do art. 796, CPC, guarde a cautelar postulada dependência em relação ao feito principal, portanto denotando-se o cunho acessório/instrumental a sempre notabilizar tais intentadas providências.
6. Eventual provimento jurisdicional concessivo da medida aqui vindicada teria o caráter nitidamente satisfativo e, assim, desatenderia àquele elementar tom instrumental inerente à cautelar, cuja finalidade é garantir o resultado útil da ação principal.
7. Busca a parte apelante por medida cautelar objetivamente satisfativa, o que sem amparo no ordenamento e a somente confirmar o acerto da r. sentença recorrida, a qual observante à legalidade processual, inciso II, do art. 5º, CF, e art. 126, CPC, assim aqui mantida segundo os fundamentos ora lançados, prejudicados demais temas suscitados, via de consequência.
8. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0609595-75.1997.4.03.6105/SP
1999.03.99.037381-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SDK ELETRICA E ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : URSULINO DOS SANTOS ISIDORO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 97.06.09595-0 2 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR PARA PRONTA COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE MULTA E CORREÇÃO INSERIDAS NO PARCELAMENTO DE DÉBITOS DE IPI - INADMISSIBILIDADE, PELO SISTEMA PROCESSUAL, DA SATISFATIVIDADE CAUTELAR BUSCADA - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Incumbe enfatizar-se sobre a índole do processo cautelar, o qual se traduz no mecanismo de obtenção de uma providência assecuratória da subsistência e conservação, material e jurídica, de um bem.

2. Realça-se o cunho provisório e instrumental da cautelar, pois dura até que fato superveniente a torne desnecessária ou que a medida definitiva a substitua, existindo não com finalidade própria, mas em função de outro processo.
3. Como pressupostos de procedência, de mister, como consagrado, estejam presentes, na relação processual invocada, o perigo da demora e a fumaça do bom direito.
4. No caso em tela, busca a parte demandante, ora apelante, provimento jurisdicional que determine a pronta compensação de valores pagos a título de multa e correção inseridas no parcelamento de débitos de IPI, de tal arte que a aqui denominada cautelar inominada desafie insustentavelmente diversos postulados processuais do ordenamento.
5. Impõe a parte final do art. 796, CPC, guarde a cautelar postulada dependência em relação ao feito principal, portanto denotando-se o cunho acessório/instrumental a sempre notabilizar tais tentadas providências.
6. Eventual provimento jurisdicional concessivo da medida aqui vindicada teria o caráter nitidamente satisfativo e, assim, desatenderia àquele elemento instrumental inerente à cautelar, cuja finalidade é garantir o resultado útil da ação principal.
7. Busca a parte apelante por medida cautelar objetivamente satisfativa, o que sem amparo no ordenamento e a somente confirmar o acerto da r. sentença recorrida, a qual observante à legalidade processual, inciso II, do art. 5º, CF, e art. 126, CPC, assim aqui mantida segundo os fundamentos ora lançados, prejudicados demais temas suscitados, via de consequência.
8. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00011 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0094262-34.1992.4.03.6100/SP
1999.03.99.062448-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
PARTE AUTORA : BCN BARCLAYS BANCO DE INVESTIMENTO S/A
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 92.00.94262-8 8 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DO BALANÇO. LEI 8.200/91. DECRETO Nº 332/91. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO PARA ALCANÇAR AS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS ENCERRADAS EM DEZEMBRO DE 1990. DIFERENÇA ENTRE O IPC E O BTN. DEDUÇÃO A PARTIR DE 1.993. ESCALONAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF.

1. O Eg. STF, no julgamento do RE n.º 201.465/MG, afirmou constitucional a norma inserta no art. 3.º, inciso I, da Lei n.º 8.200/91, reconhecendo a impossibilidade de retroação de seus efeitos para alcançar a correção monetária das demonstrações financeiras encerradas em 31/12/1990 e de aproveitamento imediato dessa parcela de correção monetária.
2. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a questão, no sentido de reconhecer a legalidade da aplicação do IRVF (Índice de Reajuste de Valores Fiscais) na atualização da BTN Fiscal na correção monetária das demonstrações financeiras do balanço referente ao ano-base de 1990.
3. Remessa Oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00012 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0078509-24.1999.4.03.0399/SP
1999.03.99.078509-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
EMBARGANTE : RACOES MARGLOBE IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : MAURICIO JOSE BARROS FERREIRA
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 248/249
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 18 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.50240-2 18 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS. ART. 535, CPC. JUNTADA DE VOTO DIVERGENTE QUE SE IMPÕE. EMBARGOS DA UNIÃO FEDERAL E DA AUTORA PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração da autora e, da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de abril de 2010.
Salette Nascimento
Desembargadora Federal

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0093733-11.1999.4.03.9999/SP
1999.03.99.093733-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : WALTER DONIZETTI TOSETTI e outro
: WALTER DONIZETTI TOSETTI
ADVOGADO : JEFFERSON SIDNEY JORDAO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 96.00.00016-0 1 Vr SANTA RITA DO PASSA QUATRO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CUSTAS DE PREPARO. DESERÇÃO AFASTADA. MULTA. ADEQUAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PERCENTUAL DE 20%. DECRETO-LEI 1.025/69. SÚMULA 168 TRF.

1. A apelação deve sujeitar-se ao regime de preparo previsto na legislação estadual, quando delegada a competência federal para o processamento e exame dos embargos à execução.
2. A multa está adequadamente estabelecida em lei e o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável às relações jurídicas tributárias.
3. O percentual de 20% previsto no Decreto-lei n.º 1025/69 é legítimo e substitui, nos embargos a condenação do devedor nos honorários advocatícios (súmula 168 TRF).
4. Afastada a condenação por litigância de má fé, pois não se encontram presentes os requisitos que a autorizem.
5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0635090-49.1991.4.03.6100/SP
1999.03.99.101188-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : BASF S/A
ADVOGADO : PAULO AUGUSTO GRECO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 91.06.35090-9 19 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - JUROS A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO - LEGITIMIDADE - IMPROVIMENTO AO APELO CONTRIBUINTE.

1.Em mérito sequer discorda a União do acerto da r. sentença repetitória, a qual assim adequadamente efetivou a classificação dos produtos importados em questão, nos termos do ordenamento genuinamente incidente à espécie, daí resultando a diferença em devolução firmada.

2.Em sede de juros, fez o E. Juízo *a quo* recair ao vertente caso o ordenamento próprio ao tema, a ter por fluência nos termos da r. sentença.

3.Devidos os juros a partir do trânsito em julgado (Súmula 188, E. STJ, e parágrafo único do art. 167, CTN).
Precedentes.

4.Adequadamente arbitrados os honorários em sucumbência, face aos contornos da causa, art. 20, CPC.

5.Improvimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0059286-93.1995.4.03.6100/SP
1999.03.99.107298-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : CNEC ENGENHARIA S/A
ADVOGADO : JOSE ROBERTO PISANI e outros
NOME ANTERIOR : CNEC CONSORCIO NACIONAL DE ENGENHEIROS CONSULTORES S/A
ADVOGADO : JOSE ROBERTO PISANI e outro
SUCEDIDO : BRASCONSULT ENGENHARIA DE PROJETOS LTDA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.59286-0 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. DIFERENÇA ENTRE O IPC E O BTN. LEI 8.200/91. DECRETO Nº 332/91. DEDUÇÃO A PARTIR DE 1.993. ESCALONAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF.

1. O E. Supremo Tribunal Federal firmou a constitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 8.200/91 que autorizou a dedução escalonada da parcela de correção monetária das demonstrações financeiras relativa ao período base de 1990,

correspondente à diferença verificada entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal no ano-base de 1990.

2. Indevido o aproveitamento imediato dessa parcela de correção monetária.
3. Remessa oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0500399-70.1996.4.03.6182/SP
1999.03.99.107501-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : DORR OLIVER BRASIL LTDA massa falida
SINDICO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 96.05.00399-6 6F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. PRESTAÇÕES CONSIDERADAS NA APURAÇÃO DO SALDO REMANESCENTE EXECUTADO. HIGIDEZ DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. APLICAÇÃO DA TR. CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. É hígida a certidão de dívida ativa que considera as prestações de parcelamento efetivamente pagas na apuração no saldo remanescente executado.
2. Na ADIN n. 493-DF, o Egrégio Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional tão somente os artigos que cuidavam especificamente da atualização monetária dos saldos devedores e das prestações atinentes ao Sistema Financeira da Habitação e do Saneamento (SFH e SF), restando, portanto, plenamente válido o dispositivo do artigo 9.º da então Lei n. 8.177/91, obrigando a aplicação da TRD sobre os débitos tributários de qualquer natureza (RE 175678, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 04-08-1995, p. 22549).
3. Não se há de falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na aplicação da TR na atualização de tributos, posto que "no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR".
4. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00017 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0802120-44.1998.4.03.6107/SP
1999.03.99.109299-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : REZEK NAMETALA REZEK
ADVOGADO : JORGE HENRIQUE MATTAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
No. ORIG. : 98.08.02120-4 2 Vr ARACATUBA/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CADIN. DÍVIDA SUB JUDICE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A Jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é dominante no sentido de que "pendente de julgamento o litígio instaurado entre as partes acerca da exigibilidade do débito, torna-se inadequada a inscrição do devedor nos órgãos controladores de crédito." (RESP 200500626608. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. DJ 01/08/2005. p. 434).
2. Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00018 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0536059-91.1997.4.03.6182/SP

1999.03.99.110405-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : S/A INDUSTRIAS REUNIDAS F MATARAZZO
ADVOGADO : ROBERTO DIAS CARDOSO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 97.05.36059-6 1 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TAXA REFERENCIAL. ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Segundo o E. Supremo Tribunal Federal, a TR pode ser utilizada como fator de correção monetária de débitos fiscais.
2. Remessa Oficial e Apelação providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00019 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1001051-15.1997.4.03.6111/SP

1999.03.99.111550-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARILIA
ADVOGADO : ALBERTO ROSELLI SOBRINHO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
No. ORIG. : 97.10.01051-4 1 Vr MARILIA/SP

EMENTA

TRABALHISTA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FUNDAÇÃO PÚBLICA. NORMAS TRABALHISTAS. OBSERVÂNCIA. DECRETO-LEI 1025/69. ENCARGO. SUBSTITUIÇÃO DOS HONORÁRIOS.

1. As empresas públicas e entidades públicas em geral, dentre elas, as fundações, não estão desobrigadas de observar as normas trabalhistas.
2. Em Embargos à Execução o encargo do Decreto-lei n.º 1.025/69 substitui a condenação em honorários advocatícios.
3. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0113196-36.1999.4.03.9999/SP

1999.03.99.113196-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : TANABI MOTOR LTDA
ADVOGADO : MARCOS ALMIR GAMBERA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 96.00.00015-3 1 Vr TANABI/SP

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. EXCESSO DE PENHORA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. NÃO COMPROVADOS. MULTA EXCESSIVA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. LEI 9.430/96. IMPROPRIEDADE DO PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO.

1. Excesso de penhora que não restou comprovado nos autos, já que sobre o bem penhorado pesa ônus real, garantia hipotecária, além de outras penhoras relativas a outras dívidas fiscais.
2. Ausência de prova da não ocorrência do fato gerador. Exigência tributária que se impõe.
3. A multa está adequadamente estabelecida em lei e o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável às relações jurídicas tributárias.
4. O contribuinte que formula pedido de compensação não pode se ver perseguido por execução fiscal até que se conclua sobre a pertinência do pedido formulado.
5. Apelação da embargante provida. Remessa Oficial e Apelação da União prejudicadas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000386-87.1999.4.03.6000/MS

1999.60.00.000386-0/MS

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SONIA BEATRIZ GONZALES
ADVOGADO : ANTONIO GONCALVES NETO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

AÇÃO DE CONHECIMENTO - PERDIMENTO DE VEÍCULO INTRODUTOR DE MERCADORIA ESTRANGEIRA : NÃO-CONFIGURAÇÃO - PEDIDO DESCONSTITUTIVO PROCEDENTE - PROVIMENTO À APELAÇÃO DEMANDANTE

1. Adequado o julgamento antecipado da lide, face a natureza da controvérsia.
2. Este Relator firmava entendimento no sentido da legitimidade, vez que calcada na adiante invocada legalidade, da exigência guerreada nos autos (perdimento de veículo introdutor de mercadoria estrangeira), consoante voto ora destacado, autos nº 90.03.044958-9.
3. Reformulado resta dito entendimento, ante a torrencial compreensão pretoriana contrária, pela ilegitimidade de tal postura estatal.
4. Embora presente legalidade ao gesto fazendário punitivo, não convive tal pretensão com os superiores valores do direito de propriedade e da proporcionalidade, aqui impondo não seja sancionada a postura infracional flagrada com reprimenda irrazoável (de fato, na espécie, consoante descritivo de fls. 38, decretado foi o perdimento administrativo de um caminhão a então transportar 15.820 quilos de farinha de trigo, avaliados em R\$ 7.751,80. enquanto que o veículo, avaliado em R\$ 12.000,00).
5. Perceba-se nem aqui se esteja a cogitar da maior ou menor independência dos apuratórios administrativo e criminal pertinentes, mas, sim, em se reconhecer refoje ao proporcional e ao direito de propriedade suporte a parte infratora/apelante sanção de perda da propriedade de um veículo daquele porte, em função da introdução irregular de citadas mercadorias, em solo pátrio.
6. De inteiro acerto os v. julgados infra, expungindo do sistema reprimenda como a imposta na espécie, *in verbis*: Precedentes.
7. Invertido resta o desfecho sucumbencial, ora em favor da parte recorrente.
8. Provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014069-85.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.014069-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : FERRAMENTARIA INDAIATUBA LTDA
ADVOGADO : FLAVIO ALBERTO CASARINI DE SOUZA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : BANCO BRADESCO S/A
ADVOGADO : RODRIGO FERREIRA ZIDAN

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA. ILEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO QUE CONCEDE O FINANCIAMENTO DA IMPORTAÇÃO. TAXA DE CÂMBIO CONTRATADA MAIS FAVORÁVEL. DIREITO DE RECOLHER O TRIBUTO SEGUNDO A TAXA CONTRATADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A instituição financeira que concede empréstimo à empresa para aquisição de maquinário importado não tem legitimidade passiva para figurar em ação em que se busca "recolher o Imposto de Importação tomando por base a taxa de câmbio prevista no Ato Declaratório n. 41/98".
2. Não faz jus o contribuinte à taxa de câmbio contratada, mesmo que mais favorável, se não realizou o pagamento da exação no momento oportuno.
3. Apelação da autora improvida. Apelação do Banco Bradesco provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019097-34.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.019097-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL LTDA e outro
ADVOGADO : SERGIO FARINA FILHO
NOME ANTERIOR : COLUMBIAN CHEMICALS BRASIL S/A
ADVOGADO : SERGIO FARINA FILHO
APELANTE : CAPITAL GESTAO DE NEGOCIOS LTDA
ADVOGADO : SERGIO FARINA FILHO
: SERGIO FARINA FILHO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS. POSSIBILIDADE SEGUNDO CRITÉRIOS DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. As Cortes Superiores assentaram entendimento quanto à questão de fundo por ocasião da apreciação dos recursos especial e extraordinário interpostos nestes autos, de modo que o ponto ora posto no presente julgamento cinge-se apenas ao enfrentamento das questões relativas ao direito de compensação do montante recolhido pelas impetrantes (valores referentes à indevida alteração da base de cálculo da COFINS pela Lei nº 9.718/98).
2. Não há que se cogitar da ocorrência de prescrição, eis que a exação questionada, na forma como disciplinada, veio a lume em 1998, enquanto o presente feito foi ajuizado no ano de 1999. Não se configura, portanto, a prescrição.
3. A Primeira Seção já se manifestou no sentido de que a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação. Hipótese dos autos em que o ajuizamento da ação ocorreu na vigência da Lei nº 9.430/96, que permite a compensação, mediante requerimento do contribuinte, com tributos ou contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.
4. A aplicação de correção monetária e juros de mora sobre o indébito tributário há de ser assegurada, devendo incidir a Taxa SELIC, compreensiva de juros e correção monetária. (REsp nº 460.292, relator Ministro João Otávio de Noronha, *in* DJ de 2/8/2006, pág. 243).
5. Remessa oficial e apelação da União Federal improvidas. Apelação da parte impetrante parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00024 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0037229-42.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.037229-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
PARTE AUTORA : ALCOA ALUMINIO S/A
ADVOGADO : NOECIO MAIA LARANJEIRA e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE OS RENDIMENTOS AUFERIDOS NAS OPERAÇÕES DE SWAP COM FINS DE HEDGE. LEI Nº 9.779/99. LEGALIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou entendimento no sentido de que "a partir da Lei n.º 9.779/99, todas as operações financeiras de renda fixa ou de renda variável, inclusive aquelas com cobertura hedge, passaram a ser tributadas na fonte, suprimidas as isenções antes existentes na Lei n.º 8.981/95, ainda que o contrato tenha sido celebrado sob a regência de lei anterior" (REsp 1116431, Rel. Min. CASTRO MEIRA).
2. Remessa oficial provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00025 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0059255-34.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.059255-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : UNYFONO DE SAO PAULO COOPERATIVA DE TRABALHO DE FONOAUDIOLOGIA
ADVOGADO : REGINA CELIA MARTINS FERREIRA DUPIN e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 23 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RAZÕES RECURSAIS DIVORCIADAS DO FUNDAMENTO DA SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. COFINS. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE ATOS COOPERATIVOS PRÓPRIOS. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. As razões do apelo não enfrentam os fundamentos da sentença, deixando de atender o recurso ao princípio dialético que o orienta, o que justifica o não conhecimento da apelação.
2. Matéria de fundo enfrentada em razão da remessa oficial.
3. A COFINS não incide sobre o resultado advindo da prática de atos cooperativos próprios. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RESP 911778, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 24/4/2008).
4. Apelação da União Federal não conhecida. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013013-11.1999.4.03.6102/SP
1999.61.02.013013-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : PRODUTOS ALIMENTICIO ORLANDIA S/A COM/ E IND/ e filial
ADVOGADO : GUSTAVO SAMPAIO VILHENA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO - RELAÇÕES CONTINUATIVAS - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - ATUALIZAÇÃO SEGUNDO A PRESCRIÇÃO LEGAL AO PERÍODO, AUSENTE UM "DIREITO" CONTRIBUINTE POR ESTE OU AQUELE ÍNDICE - PACIFICAÇÃO E. STJ E SUPREMA CORTE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO DE RIGOR

- 1.Sem sucesso a aventada "prescrição", esquecendo-se a Fazenda de que aqui a se cuidar de relações continuativas.
- 2.Impondo-se alinhamento jurisprudencial com o quanto (mais recentemente) sufragado pelos Tribunais Superiores, ao particular pacificaram o E. STJ e a C. Suprema Corte, em torno do tema da atualização monetária das demonstrações financeiras, para os reflexos naturalmente daí decorrentes, deva a legalidade estrita de seu respectivo tempo vigorar, não havendo se falar em um conceito ontológico em torno do lucro tributável portanto, muito menos de um (assim desde sempre desejado) "direito" contribuinte a este ou àquele índice atualizador das demonstrações financeiras, devendo então prevalecer a prescrição legal de seu tempo. Precedentes.
- 3.Prejudicado se põe tudo o mais que veiculado na demanda, com a última palavra já firmada em solo pátrio pelo Judiciário, como aqui salientado, aos contornos do caso vertente se impõe improcedência ao pedido, afigurando-se de insucesso a causa ajuizada.
- 4.Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00027 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0008957-26.1999.4.03.6104/SP
1999.61.04.008957-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
PARTE AUTORA : MERCOTRADING COM/ IMP/ E EXP/ LTDA
ADVOGADO : MARIA DE LOURDES PEREIRA JORGE e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTOS Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO DE MERCADORIAS. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 69/96.

1. A autoridade coatora usurpou de sua competência, agredindo direito líquido e certo da impetrante.
2. Conquanto a cidade de Miracatu esteja submetida à circunscrição da 8ª. Região Fiscal, o impetrado ordenou a verificação da mercadoria desembaraçada em outra unidade, subordinada à 9ª. Região Fiscal, em desrespeito ao disposto no art. 36 da IN n. 69/96.3.
3. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009418-95.1999.4.03.6104/SP
1999.61.04.009418-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SEBA COM/ IMP/ E EXP/ LTDA
ADVOGADO : CHIANG CHUNG I e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
EMENTA

TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO DE MERCADORIAS. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO 264 DO REGULAMENTO ADUANEIRO. AFASTAMENTO DA PENA DE PERDIMENTO DE BENS.

1. A autoridade coatora usurpou de sua competência, agredindo direito líquido e certo da impetrante.
2. Consoante o art. 264 do Regulamento Aduaneiro, compete à autoridade em cuja repartição se encontra a mercadoria a ser transportada a concessão do regime e a estipulação de rotas, prazos e outras cautelas que entender cabíveis.
3. Na hipótese dos autos, somente a autoridade de Paranaguá poderia proceder à conferência física das mercadorias.
4. A pena de perdimento não se mostra ajustada ao caso concreto, dado que a eventual irregularidade quanto à divergência de valor dos bens não acarreta, por si, a presunção de má-fé que justifique a imposição da pena de perdimento.
5. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00029 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0003545-08.1999.4.03.6107/SP
1999.61.07.003545-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : OSWALDO FAGANELLO ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA
ADVOGADO : IVONE DA MOTA MENDONCA MENDES e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARACATUBA SecJud SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CDA PREENCHIDA PELOS REQUISITOS LEGAIS - UFIR : LEGALIDADE - LICITUDE DA TR INCIDENTE COM JUROS - ÔNUS EMBARGANTE DE PROVAR INATENDIDO - INCIDÊNCIA DO ENCARGO PREVISTO NO DECRETO-LEI 1.025/69 - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS

1. Com referência ao título executivo, em si, efetivamente não se põe a afetar qualquer condição da ação, vez que conformado nos termos da legislação vigente, como se extrai de sua mais singela análise.
2. Com relação à TRD, sua indicação importa na consideração de seu caráter indevido, como meio de atualização monetária, no plano normativo.
3. A Lei 8.177/91, em seu art. 9.º, redação originária, previu a incidência da T.R.D. sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, sem especificar sob qual forma isso se daria, o que foi elucidado por meio da nova redação a este dispositivo, promovida pelo art. 30 da Lei 8.218/91, este fixando corresponderia a T.R.D. a juros de mora, o que se coaduna com os artigos 3.º e 7.º da referida Lei 8.218/91, o primeiro prevendo a incidência de T.R.D. como juros, sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, e o segundo determinando a incidência da variação do B.T.N.F., até a extinção deste, e, a partir desta, de T.R.D., equivalente esta a juros de mora.
4. Assim, ao tempo em que foi prevista, a T.R. atuou como juros. Precedente.
5. Com referência ao uso da UFIR, nenhuma ilicitude se constata, emanando de Lei sua incidência.
6. Em sede de correção monetária, afigura-se coerente, então, sim, venha dado valor, originariamente identificado quando da prática do fato tributário, a corresponder, até o pertinente vencimento, a cifra maior, decorrência - límpida e lícita, em sua superioridade em si - da incidência do referido acessório, previsto pelo ordenamento jurídico.
7. O comando fixado pela Lei 8.383/91, de seu artigo 54, dentro de toda a celeuma e fundamento, ordena conversão e a sujeição à atualização pela UFIR.
8. Voltando-se o dogma da anterioridade para a imposição de temporal distância entre a norma instituidora ou majoradora de tributo e sua força vinculante, seja para o novo exercício, seja para noventa dias, respectivamente alínea "b" do inciso III, do artigo 150 e § 6º, do artigo 195, originais redações da Lei Maior, claramente não serve de óbice à aqui combatida tributação o argumento do uso da UFIR, pois esta claramente fator de pura atualização monetária, ou seja, reposição da desvalorização pela moeda nacional experimentada com o decurso do tempo, inconfundível com "majoração". Precedente.
9. Inaplicável o ventilado artigo 920, CCB, ao caso em tela, tratando-se a cobrança em pauta de multa por infração à CLT, fls. 03 do executivo adunado, assim nenhuma mácula a se constatar.

10. A respeito do que sustentado recursalmente pela Fazenda e pelo particular quanto ao tema sucumbencial, legítima a incidência do encargo de 20% previsto pelo Decreto-Lei n.º 1.025/69, consoante o que dispõe a Súmula 168, do TFR, e a v. jurisprudência. Precedente.

11. Parcial provimento à apelação do particular. Provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência aos embargos, a título sucumbencial unicamente incidente o encargo previsto no Decreto-Lei 1.025/69 (Súmula 168, TFR), em prol da União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do particular, bem assim dar provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002261-59.1999.4.03.6108/SP

1999.61.08.002261-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : TOFFANO E MENDES LTDA
ADVOGADO : DIRCEU BERNARDI JUNIOR e outro

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO. ESCOLAS DE IDIOMAS. ATIVIDADE PROFISSIONAL CUJO EXERCÍCIO DEPENDE DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PERMISSÃO LEGAL PARA INCLUSÃO NO SIMPLES.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que as escolas de idiomas não estão autorizadas, por lei, a recolher seus tributos na forma do SIMPLES. Precedentes.
2. Remessa Oficial e Apelação providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00031 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004804-29.1999.4.03.6110/SP

1999.61.10.004804-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : IGARAPE DISTRIBUIDORA AGRICOLA E COML/ LTDA
ADVOGADO : NATALIA CARDOSO FERREIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SOROCABA >10ª SSJ>SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. ANO-BASE DE 1990. DEFINIÇÃO DO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. BTNF APURADO PELO IRVF E NÃO PELO IPC. PRECEDENTE DO C. STJ.

1. O Eg. STF, no julgamento do RE n.º 201.465/MG, afirmou constitucional a norma inserta no art. 3.º, inciso I, da Lei n.º 8.200/91, reconhecendo a impossibilidade de retroação de seus efeitos para alcançar a correção monetária das demonstrações financeiras encerradas em 31/12/1990.

2. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a questão, no sentido de reconhecer a legalidade da aplicação do IRVF (Índice de Reajuste de Valores Fiscais) na atualização da BTN Fiscal na correção monetária das demonstrações financeiras do balanço referente ao ano-base de 1990.
3. Remessa Oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010152-92.1998.4.03.6100/SP

2000.03.99.002293-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : MARQUART E CIA LTDA massa falida
ADVOGADO : NELSON GAREY
SUCEDIDO : ODONTO COML/ IMPORTADORA LTDA
SINDICO : NELSON GAREY
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 98.00.10152-7 11 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DO BALANÇO. LEI 8.200/91. DIFERENÇA ENTRE O IPC E O BTN. DEDUÇÃO A PARTIR DE 1.993. ESCALONAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O Eg. STF, no julgamento do RE n.º 201.465/MG, afirmou constitucional a norma inserta no art. 3.º, inciso I, da Lei n.º 8.200/91, reconhecendo a impossibilidade de retroação de seus efeitos para alcançar a correção monetária das demonstrações financeiras encerradas em 31/12/1990 e de aproveitamento imediato dessa parcela de correção monetária.
2. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a questão, no sentido de reconhecer a legalidade da aplicação do IRVF (Índice de Reajuste de Valores Fiscais) na atualização da BTN Fiscal na correção monetária das demonstrações financeiras do balanço referente ao ano-base de 1990.
3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00033 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0803753-90.1998.4.03.6107/SP

2000.03.99.002318-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ALCOOL AZUL S/A ALCOAZUL
ADVOGADO : CACILDO BAPTISTA PALHARES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
No. ORIG. : 98.08.03753-4 2 Vr ARACATUBA/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CADIN. DÍVIDA SUB JUDICE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A Jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é dominante no sentido de que "pendente de julgamento o litígio instaurado entre as partes acerca da exigibilidade do débito, torna-se inadequada a inscrição do devedor nos órgãos controladores de crédito." (RESP 200500626608. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. DJ 01/08/2005. p. 434).
2. Remessa oficial e apelação providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0616648-10.1997.4.03.6105/SP

2000.03.99.014322-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CEDROS VEICULOS E SERVICOS LTDA massa falida
SINDICO : CESAR SILVA DE MORAES
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 97.06.16648-3 4 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. INSCRIÇÃO NO CADIN DE DÉBITOS DE SUA COMPETÊNCIA. LEGITIMIDADE QUE SE RECONHECE.

1. A própria autoridade coatora reconhece a existência de débitos já informados à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição do nome do contribuinte no CADIN, de forma que está, assim, legitimada para figurar no pólo passivo da demanda em relação aos débitos de sua competência.
2. Apelação provida. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0611165-96.1997.4.03.6105/SP

2000.03.99.034375-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SDK ELETRICA E ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : URSULINO DOS SANTOS ISIDORO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 97.06.11165-4 2 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - INÉPCIA DA INICIAL SUPERADA - DEVOLUTIVIDADE RECURSAL A ENSEJAR ANÁLISE DOS TEMAS LITIGADOS - DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO-CONFIGURADA, INSUFICIÊNCIA DO GESTO PARCELADOR - LEGALIDADE DA TR incidente a título de juros moratórios, RESTANDO INCOMPROVADO A QUE TÍTULO RECAIU À ESPÉCIE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1. Embora tortuosos os elementos contidos na prefacial, *data venia*, dela se extrai insurgência demandante acerca da ocorrência de denúncia espontânea e da ilegalidade da TR.
2. Presente o aproveitamento dos atos processuais, revela-se de razoabilidade a superação da r. sentença extintiva, tendo-se em vista o dogma do amplo acesso ao Judiciário, artigo 5º, XXXV, CF.
3. Ante a devolutividade do apelo, de rigor a análise de outros pontos rebatidos, ainda que não conhecidos, consoante art. 512, 515, "caput" e § 3º e 516, todos do CPC.
4. Em sede de invocação ao art. 138, CTN, a espontânea denúncia ali positivada tem o explícito destino de acolher ao contribuinte que, reconhecendo o ilícito no qual tenha incidido, procede ao pronto recolhimento do todo da exação implicada, nem de longe o que a se verificar na espécie, na qual assim impropriamente deseja o pólo autor emprestar a seu debate o tom da "espontânea denúncia" ao parcelamento de débito em que ingressou.
5. Em âmbito de análise dos desejados efeitos excludentes da responsabilidade infracional nos moldes do artigo 138 CTN, superiormente se deve destacar o pacificado entendimento segundo o qual imperativo se faz o integral pagamento do tributo envolvido, assim configurando-se insuficiente o parcelamento realizado, para o fim de se evitar a incidência de penalidade pecuniária ou multa. Precedente.
6. Com relação à TRD, sua indicação importa na consideração de seu caráter indevido, como meio de atualização monetária, no plano normativo.
7. A Lei 8.177/91, em seu art. 9.º, redação originária, previu a incidência da T.R.D. sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, sem especificar sob qual forma isso se daria, o que foi elucidado por meio da nova redação a este dispositivo, promovida pelo art. 30 da Lei 8.218/91, este fixando corresponderia a T.R.D. a juros de mora, o que se coaduna com os artigos 3.º e 7.º da referida Lei 8.218/91, o primeiro prevendo a incidência de T.R.D. como juros, sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, e o segundo determinando a incidência da variação do B.T.N.F., até a extinção deste, e, a partir desta, de T.R.D., equivalente esta a juros de mora.
8. Ao tempo em que foi prevista, a T.R. atuou como juros. Precedente.
9. Consagrada a licitude da TR em plano de juros, sequer cumpre a parte contribuinte seu ônus de evidenciar sob que rubrica teria dito índice na espécie recaído, recordando-se que, oportunizada a especificação de provas, deixou o pólo autor transcorrer o prazo *in albis*, portanto típico panorama de insuficiência de provas a repousar desfavoravelmente ao particular.
10. Parcial provimento à apelação, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência ao pedido, artigo 269, I, CPC, nos termos lançados neste voto, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com atualização monetária desde o ajuizamento até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000451-78.1996.4.03.6100/SP

2000.03.99.037907-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : LEASING BANK OF BOSTON S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL
ADVOGADO : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 96.00.00451-0 20 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

SOBRE O LUCRO. DEDUÇÃO DE DESPESAS RELATIVAS À PROVISÃO PARA DEVEDORES DUVIDOSOS (PDD). RESOLUÇÃO Nº 1.748/90 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.981/95. PRECEDENTES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

1. Não há violação a postulado constitucional no fato de o artigo 43 da Lei n. 8.981/95 ter introduzido critérios para aproveitamento das rubricas TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL da "provisão para devedores duvidosos", para efeitos tributários, dado que norma infra legal, *in casu*, Resolução n. 1.748/90, do CMN, não pode se sobrepor a lei editada formal e materialmente de modo válido. Precedentes desta Corte.
2. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00037 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0062167-72.1997.4.03.6100/SP
2000.03.99.046052-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : INTERAVIA TAXI AEREO LTDA
ADVOGADO : CAROLINA BACCI DA SILVA
: SERGIO RICARDO GARCIA PEREIRA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 97.00.62167-7 15 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. LEI Nº 9.532/97. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. PRECEDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

1. Não se há de falar em retroatividade de efeitos do disposto no artigo 29, § 3.º, da Lei n. 9.532/97, vez que ela não impôs, com caráter retroativo, tributação sobre aplicações em renda fixa, por uma razão básica, o fato gerador do tributo só haveria de incidir no resgate da aplicação e ficaram submetidas ao regime da nova legislação as aplicações ainda em curso, não resgatadas, portanto. Precedente desta Corte (AMS 230480, Relator Desembargador Federal Mairan Maia).
2. Remessa oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00038 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001779-77.1995.4.03.6100/SP
2000.03.99.055733-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A e outro
: CONFASA ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES S/A
ADVOGADO : FERNANDA DONNABELLA CAMANO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.01779-2 3 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CAUTELAR - APELO NA AÇÃO PRINCIPAL JULGADO - PERDA DE OBJETO

1. Julgado o feito principal nesta data, prejudicada a presente cautelar, a debater tema do qual a presente um seu incidente, um seu acessório, por superveniente perda de interesse recursal.
2. Extinta a cautelar, pois, por prejudicada.
3. Prejudicada a apelação interposta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, julgar prejudicada a apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00039 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0028778-67.1995.4.03.6100/SP
2000.03.99.055734-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A e outro
: CONFASA ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES S/A
ADVOGADO : GLAUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.28778-1 3 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - ATUALIZAÇÃO SEGUNDO A PRESCRIÇÃO LEGAL AO PERÍODO, AUSENTE UM "DIREITO" CONTRIBUINTE POR ESTE OU AQUELE ÍNDICE - PACIFICAÇÃO E. STJ E SUPREMA CORTE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO DE RIGOR

1. Impondo-se alinhamento jurisprudencial com o quanto (mais recentemente) sufragado pelos Tribunais Superiores, ao particular pacificaram o E. STJ e a C. Suprema Corte, em torno do tema da atualização monetária das demonstrações financeiras, para os reflexos naturalmente daí decorrentes, deva a legalidade estrita de seu respectivo tempo vigorar, não havendo se falar em um conceito ontológico em torno do lucro tributável portanto, muito menos de um (assim desde sempre desejado) "direito" contribuinte a este ou àquele índice atualizador das demonstrações financeiras, devendo então prevalecer a prescrição legal de seu tempo. Precedentes.
2. Prejudicado se põe tudo o mais que veiculado na demanda, com a última palavra já firmada em solo pátrio pelo Judiciário, como aqui salientado, aos contornos do caso vertente se impõe improcedência ao pedido, afigurando-se de insucesso a causa ajuizada.
3. Invertida a sucumbência arbitrada, ora em favor da União.
4. Apelo e remessa oficial providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00040 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0031409-77.1978.4.03.6100/SP
2000.03.99.062995-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : GRAFICA SAO LUIS S/A
ADVOGADO : SONIA CORREA DA SILVA DE ALMEIDA PRADO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00.00.31409-9 14 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

AÇÃO DECLARATÓRIA - IPI - NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA - PRECEDENTES - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1. De se afastar a aventada ilegitimidade ativa *ad causam* da parte autora, tendo-se em vista a não-aplicação do art. 166, do CTN, ao caso vertente, uma vez que este preceito diz respeito tão-somente a pedido de restituição tributária, não sendo o caso dos presentes autos, em que se pleiteia a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária no que diz respeito ao pagamento do IPI sobre a prestação de serviços de composição gráfica. Ou seja, não há pedido de restituição no caso em apreço.

2. O tema da não-sujeição da atividade empresarial, prestadora de serviços de composição gráfica, como assim se dá no caso vertente - consoante contrato social contido na preambular - mercê da já imposição tributante a título de ISS, veio de ser apaziguado por meio das Súmulas 143, TFR, e 156, STJ (logo também não se sustentando a aventada angulação fazendária quanto à atividade em mira).

3. Consoante v. voto infra desta C. Corte, o próprio Executivo Federal assim reconheceu, nos termos do inciso VI do art. 9º do DL 2.471/88, sendo que o assunto se coloca igualmente pacificado, perante a E. Terceira Turma. Precedentes.

4. Improvimento à apelação fazendária e à remessa oficial, mantendo-se a r. sentença proferida, tal qual lavrada, inclusive no que diz respeito à honorária sucumbencial, pois consentânea ao caso vertente, art. 20, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00041 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0062172-94.1997.4.03.6100/SP

2000.03.99.070702-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : CIMENTO TOCANTINS S/A

ADVOGADO : DANIELI JULIO

SUCEDIDO : CIMENTO PORTLAND MATO GROSSO S/A e filial

: CIMENTO PORTLAND MATO GROSSO S/A filial

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

No. ORIG. : 97.00.62172-3 2 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. ARTIGO 29 DA LEI N.º 9.532/97. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

1. O § 2º do art. 29 da Lei nº 9.532/97, ao estabelecer resgate compulsório em 02.01.1998 para fins de tributação do rendimento de aplicações financeiras dos fundos existentes em 31.12.97, não implicou em bis in idem, porque ou já ocorreu o resgate ou ainda não houve resgate e, portanto, o imposto seria mesmo devido, certo ademais que ainda autorizada a referida compensação prevista na lei nº 8.981/95.

2. Não há afronta ao princípio da irretroatividade, considerando que a Lei nº 9.532/97 projeta seus efeitos pra frente, incidindo sobre fato gerador implementado em 02 de janeiro de 1998.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00042 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001730-60.2000.4.03.6100/SP

2000.61.00.001730-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : CREDIT LYONNAIS FINANCEIRA S/A CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO
ADVOGADO : MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO APÓS A FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. É assente o entendimento de que em sede de mandado de segurança a autoridade coatora é aquela que praticou o ato apontado como coator ou que detém competência para desfazê-lo.
2. A apelante impetrou o remédio em face do Delegado da Receita Federal em São Paulo, objetivando assegurar a possibilidade de deduzir da base de cálculo do imposto de renda o valor pago a título de CSL.
3. O impetrado, em suas informações, e sem adentrar o mérito do pedido, bate-se pela sua ilegitimidade passiva, vez que a postulante é tida como entidade financeira e, portanto, submetida à autoridade da Delegacia Especial de Instituições Financeiras.
4. A impetrante qualifica-se como sociedade de crédito, financiamento e investimento e não nega a sua natureza de entidade financeira, de molde a atrair a fiscalização da delegacia especializada. Tanto assim que, em momento anterior à sentença, apesar de opor-se à arguição de ilegitimidade passiva, acaba por fazer pedido subsidiário para modificação do polo passivo da ação mandamental. Todavia, tal providência não é possível após formada a relação processual. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (CC 30306, Relator Ministro José Delgado, STJ; AMS 154921, Relator Juiz Souza Ribeiro, TRF3).
5. Não há que se falar na aplicação da teoria da encampação, a qual, embora admitida pela jurisprudência, não encontra cabimento no caso dos autos, eis que a autoridade não adentrou o mérito da impetração.
6. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00043 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001837-07.2000.4.03.6100/SP
2000.61.00.001837-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CLIMA-CLINICA DE DIAGNOSTICO POR IMAGEM S/C LTDA
ADVOGADO : AMERICO LOURENCO MASSET LACOMBE e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS E MULTAS. COMPENSAÇÃO. ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se mostra adequado ao sistema de quitação de tributos a liberação de mercadorias mediante compensação não homologada.
2. Impetrante não demonstrou ter pago o ICMS no desembaraço, não obstante ser ele devido na espécie, por força do artigo 12, inciso IX, da LC. n. 87/96.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00044 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0048980-89.2000.4.03.6100/SP
2000.61.00.048980-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
PARTE AUTORA : BANFORT BANCO FORTALEZA S/A em liquidação extrajudicial
ADVOGADO : AFONSO RODEGUER NETO
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL - CAUTELAR DE DEPÓSITO TRIBUTÁRIO - LEGITIMIDADE - MANTIDA A R.
SENTENÇA - HONORÁRIOS - CAUSALIDADE DO AUTOR NA DEMANDA - FIXAÇÃO DE SUCUMBÊNCIA
EM PROL DO CONTRIBUINTE - DESCABIMENTO - PRECEDENTES - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1. Assentado no Texto Constitucional o dogma do amplo acesso ao Judiciário, inciso XXXV do seu artigo 5º, constata-se assim se conduziu a parte autora, ao ajuizar a demanda cautelar em tela : diante da aventada ilegitimidade arrecadatória, a ser debatida ao fundo da ação principal, deduziu a cautelar preparatória em exame com o propósito de ver autorizado judicialmente o depósito do montante alvo de sua discordância.

2. Tamaña a procura ao Judiciário por tal instrumento provocador, com o mesmo propósito destes autos, que, paralelamente ao sábio teor da v. súmula nº. 2, desta E. Corte, veio de ser então editado o v. Provimento nº. 58/91, a dar cabal vazão a tal tipo de contexto, essencialmente a dispensar a prévia intervenção jurisdicional para tanto, ao já deixar autorizado o exercício do direito de depósito judicial tributário facultativo, no bojo das ações que o contribuinte venha a ajuizar perante a Justiça Federal de Terceira Região.

3. Deferida a medida do depósito, de inteiro acerto se revelou o teor da r. sentença proferida, a reconhecer, assim, o fundamental direito de debate contribuinte sobre a exação em pauta, mediante depósito do montante guerreado.

4. Exprime a honorária sucumbencial, como de sua essência e assim consagrado, decorrência do exitoso desfecho da causa, em prol de um dos contadores, de tal sorte a assim se recompensar seu patrono, ante a energia processual despendida, no bojo do feito.

5. Despendida energia processual pela parte contribuinte, avultaria coerente venha a se beneficiar com reflexo sucumbencial para si, causador que foi, da celeuma sob apreciação, o autor.

6. Encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que são indevidos os honorários advocatícios na propositura de ação cautelar de depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário, quando preparatória de ação ordinária, conforme revelam, entre outros, os seguintes acórdãos. Precedentes.

7. Parcial provimento à remessa oficial, reformada a r. sentença tão-somente para excluir a verba honorária advocatícia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00045 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007548-84.2000.4.03.6102/SP
2000.61.02.007548-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : LOPES LEIRA E GUIDONI ADVOGADOS ASSOCIADOS
ADVOGADO : SIDINEI MAZETI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI N.º 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. CONCEITO. EMPRESA QUE NÃO POSSUI EMPREGADOS. CARACTERIZAÇÃO COMO EMPREGADORA. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. SÚMULA 276 STJ. REVOGAÇÃO.

1. Segundo entendimento já consolidado no Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido de as disposições em torno da COFINS devem ser tratadas por lei ordinária (ADC 1/DF; RE's 150.755/PE; 406.074/BA; 377.457 e 381.964) dado que a LC 70/91 é materialmente ordinária e que não há falar-se em violação ao princípio da hierarquia das leis. Esse entendimento do STF, aliás, levou o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA a rever e revogar a Súmula n.º 276 (AR 3.761-PR).
2. Quanto à alegação de que as empresas não-empregadoras não estariam submetidas à sujeição tributária pela COFINS, esse entendimento já restou afastado pela orientação jurisprudencial do STJ.
3. O Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei n.º 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma.
4. Os conceitos de faturamento e de receita, para fins tributários, já foram fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou que por faturamento não se há de entender apenas aquilo que decorre de venda a prazo, em que são emitidas faturas (conceito do direito mercantil), mas também como a totalidade da "receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza", como se vê do voto do Ministro ILMAR GALVÃO, proferido no RE. n.º 150.164-1-PR e reproduzido quando do julgamento da ADC -1-1.
5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00046 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000834-08.2000.4.03.6103/SP
2000.61.03.000834-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : FUTUREKIDS DO BRASIL SERVICOS E COM/ LTDA
ADVOGADO : MAURICIO BARBANTI MELLO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP

EMENTA

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO INTEGRAL DO VALOR DA DÍVIDA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. POSSIBILIDADE. CONDENÇÃO EM CUSTAS. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que é cabível o depósito integral do valor da dívida em medida cautelar para a suspensão da exigibilidade do tributo.
2. Incabível, na espécie, condenação em honorários, ante a ausência de resistência da União em possibilitar o depósito por outras vias, inclusive no próprio processo, que não à necessidade de ajuizar ação cautelar com este escopo.
3. Remessa oficial e apelação parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e à Apelação interposta tão somente para isentar a União do pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00047 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005435-54.2000.4.03.6104/SP
2000.61.04.005435-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : EFIGIE COM/ IMP/ E EXP/ LTDA

ADVOGADO : AGUINALDO DA SILVA AZEVEDO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DE BENS. ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO ENDOSSO RELATIVO À TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. DESEMBARAÇO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A pena de perdimento não contém vícios que impliquem na decretação da nulidade do procedimento levado a cabo pela autoridade coatora.
2. Os documentos fraudados não beneficiam a terceiros.
3. Não consta dos autos documento comprobatório da legitimidade do endosso que veio a transferir a propriedade da mercadoria.
4. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00048 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001049-63.2000.4.03.6109/SP
2000.61.09.001049-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MODAS UNIAO BOY LTDA -ME
ADVOGADO : ADRIANO FLABIO NAPPI
PARTE RE' : Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educacao FNDE
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Egrégio Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que é constitucional a cobrança da contribuição ao salário-educação.
2. Remessa oficial provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00049 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012140-90.1994.4.03.6100/SP
2001.03.99.000037-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CONTRUTORA VERGA ANTONIO LTDA
ADVOGADO : NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

No. ORIG. : 94.00.12140-7 15 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE BENS IMÓVEIS EM ESTOQUE. ARTIGO 4.º, INCISO I, ALÍNEA "B", DA LEI N.º 7.799/89. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE RENDA. INCOMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 43 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem orientação jurisprudencial firme no sentido de não ser possível a atualização monetária de imóveis em estoque, por incorporadoras e construtoras, vez que "a alteração de valores dos bens imóveis em estoque, verificada através de atualização monetária, não constitui renda a ensejar a incidência de tributos que possuem como fator impondível o acréscimo patrimonial" (AGRESP 778149, Relator Ministro Castro Meira).

2. A correção monetária prevista no artigo 4º, I, "b", da Lei n. 7.799/1.989 cria uma renda não compatível com o disposto no artigo 43, do CTN.

3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00050 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002067-55.2001.4.03.9999/SP

2001.03.99.002067-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

APELADO : JOSE OTACILIO QUARESEMIN

ADVOGADO : EDGARD DE BRITO

No. ORIG. : 99.00.00045-6 1 Vr SAO JOAQUIM DA BARRA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA. LINHA TELEFÔNICA. MÉDICO. LEVANTAMENTO.

1. Segundo entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, "Para qualquer profissão autônoma (médico, vendedor, contabilista, advogado etc), como é o caso dos autos, o terminal telefônico não é apenas útil, mas também imprescindível ao regular desempenho profissional, pelo que se tornaria impenhorável, nos termos do artigo 649-VI, CPC" (RESP 199800298703. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. DJ 21/06/1999. pg. 163).

2. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00051 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0014959-93.2001.4.03.9999/SP

2001.03.99.014959-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

APELADO : JULIO MARCONDES DE MOURA

ADVOGADO : JOSE AUGUSTO MARCONDES DE MOURA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE GARCA SP
No. ORIG. : 96.00.00000-3 2 Vr GARCA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA. FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. CABIMENTO.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça posicionou-se de ser cabível a condenação em verba honorária, nos casos em que a Exceção de Pré-Executividade for julgada procedente, ainda que parcialmente, uma vez que se instaurou o contraditório.
2. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00052 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0650904-48.1984.4.03.6100/SP
2001.03.99.015662-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : Prefeitura Municipal de Guarulhos SP
ADVOGADO : RAQUEL TOLEDO MACHADO
: DINAILSA DA SILVA GABRIEL
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00.06.50904-5 14 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TRIBUTÁRIO - CONSTITUCIONAL - REPARTIÇÃO DE RENDA DO IRFON, NOS TERMOS DA EC 17/80 : PRETENSÃO MUNICIPALISTA RESTITUTÓRIA PROCEDENTE, POIS A NÃO DISTINGUIR, REFERIDO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL, A NATUREZA DO VÍNCULO SOBRE CUJA RENDA OCORRIDA A RETENÇÃO, SE DE SERVIDOR PÚBLICO OU NÃO - PARCIAL PROCEDÊNCIA AO PEDIDO - IMPROVIDOS APELO FAZENDÁRIO E REMESSA OFICIAL

1. Cristalina a mensagem constitucional emanada da EC 17/80, cujo § 2º, do seu artigo 24, a expressamente afirmar a entrega do todo arrecadado a título de IRFON sobre os rendimentos do trabalho, sem distinção qualquer quanto ao titular da renda a respeito, se servidor dos quadros ou sob outro qualquer vínculo.
2. Não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, ou seja, inadmissível sua operação no sentido de alterar o significado e o alcance das normas, tendo-se em vista que não dispõe de função legislativa, pena de ofender o princípio da divisão funcional do Poder Soberano, art. 2º, Lei Maior.
3. Superada a invocação fazendária a diploma de década anterior, o DL 1.089/70, art. 18, exatamente por explícita aquela diretriz constitucional em prol dos Municípios, como o aqui apelado, logo também sem sucesso, diante de tão explícito contexto, a também aventada Portaria 42/81, desprovida da força que se lhe deseja emprestar. Precedente.
4. Os acessórios restitutórios se puseram de todo o acerto (sequer debatidos em apelo, como manifesto), em sede de correção monetária, tanto quanto a sucumbência adequadamente arbitrada, diante dos contornos da causa, art. 20, CPC.
5. Improvimento à apelação e à remessa oficial, mantendo-se a r. sentença proferida, tal qual lavrada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00053 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0027773-49.1991.4.03.6100/SP
2001.03.99.016096-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : EMTECO EMPREENDIMENTOS TECNICOS E COMERCIAIS LTDA
ADVOGADO : EDUARDO DE ANDRADE PEREIRA MENDES
: SIDNEY MITSUYUKI NAKAMURA
PARTE RE' : Fazenda do Estado de Sao Paulo
ADVOGADO : SEBASTIAO VILELA STAUT JUNIOR (Int.Pessoal)
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 18 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 91.00.27773-8 18 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DE PESSOAS JURÍDICAS. ANO-BASE DE 1990. ILEGITIMIDADE DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DEFINIÇÃO DO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. BTNF APURADO PELO IRVF E NÃO PELO IPC. AÇÃO PRINCIPAL JULGADA IMPROCEDENTE. CAUTELAR NO MESMO SENTIDO.

1. Não se justifica a participação da Fazenda do Estado de São Paulo na lide, a pretexto de ter ela interesse na repartição da arrecadação do Imposto de Renda, já que a competência para a administração e arrecadação do mencionado tributo é conferida, pela Constituição Federal, à União, pessoa jurídica legítima para responder pelas inovações legislativas que importem na disciplina desse tributo federal.
2. O processo cautelar caracteriza-se pelo seu caráter instrumental, servindo de garantia processual, de forma a preservar o bem da vida até a solução definitiva do litígio, exigindo para a sua procedência a presença de dois requisitos suficientemente conhecidos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.
3. Sentença de procedência reformada no feito principal, com o decreto de improcedência do pleito inicial. A cautelar deve seguir a sorte da principal.
4. Remessa oficial e apelação da União Federal a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00054 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0664384-49.1991.4.03.6100/SP
2001.03.99.016097-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : EMTECO EMPREENDIMENTOS TECNICOS E COMERCIAIS LTDA
ADVOGADO : EDUARDO DE ANDRADE PEREIRA MENDES
: SIDNEY MITSUYUKI NAKAMURA
PARTE RE' : Fazenda do Estado de Sao Paulo
ADVOGADO : SEBASTIAO VILELA STAUT JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 18 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 91.06.64384-1 18 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. IRPJ E CSLL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. RECONHECIDA.

ANO-BASE DE 1990. DEFINIÇÃO DO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. BTNF APURADO PELO IRVF E NÃO PELO IPC. PRECEDENTE DO C. STJ.

1. A competência para a administração e arrecadação do imposto de renda é conferida, pela Constituição Federal, à União Federal, pessoa jurídica legítima para responder pelas inovações legislativas que importem na disciplina do imposto de renda. Ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado de São Paulo que se impõe.
2. O Eg. STF, no julgamento do RE n.º 201.465/MG, afirmou constitucional a norma inserta no art. 3.º, inciso I, da Lei n.º 8.200/91, reconhecendo a impossibilidade de retroação de seus efeitos para alcançar a correção monetária das demonstrações financeiras encerradas em 31/12/1990.
3. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a questão, no sentido de reconhecer a legalidade da aplicação do IRVF (Índice de Reajuste de Valores Fiscais) na atualização da BTN Fiscal na correção monetária das demonstrações financeiras do balanço referente ao ano-base de 1990.
4. Reconhecimento da ilegitimidade passiva da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Remessa Oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial para declarar extinto o processo, em relação a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, sem resolução do mérito, em razão de sua ilegitimidade passiva *ad causam* e dar provimento ao apelo da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00055 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019641-91.2001.4.03.9999/SP

2001.03.99.019641-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SUPERMERCADO A BAIUCA DO MIGUEL LTDA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PEDROTTI DE ANDRADE
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 98.00.00022-4 1 Vr SANTA CRUZ DO RIO PARDO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ERRO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. APENSADO À EXECUÇÃO FISCAL DIVERSA. SENTENÇA ANULADA.

1. Constata-se que houve erro na tramitação do feito, uma vez que todo o processamento foi dirigido à execução fiscal diversa da apensada aos apresentes autos.
2. Apelação provida para anular a sentença.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00056 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0088413-81.1992.4.03.6100/SP

2001.03.99.030837-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : KINOKO PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
ADVOGADO : ROBERTO BIAGINI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
ENTIDADE : Superintendencia Nacional de Abastecimento SUNAB

No. ORIG. : 92.00.88413-0 14 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA. LEGALIDADE DA ATIVIDADE.

1. A Jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é pacífica quanto à legalidade das atividades da antiga SUNAB, dentre elas a que lhe conferia o poder de aplicar penalidades pecuniárias (multas).

2. Precedente do STJ.

3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00057 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0021821-45.1998.4.03.6100/SP

2001.03.99.049512-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

APELADO : SOCIEDADE AGOSTINIANA DE EDUCACAO E ASSISTENCIA

ADVOGADO : ENIVAN GENTIL BARRAGAN

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 98.00.21821-1 5 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL AO IR:

ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART. 12, DA LEI 9.532/97.

PRETENSÃO DO CONTRIBUINTE LEGÍTIMA. REQUISITOS DO ART. 14 DO CTN PREENCHIDOS.

1. Põe-se o contribuinte a essencialmente debater, em plano teórico, o excedimento praticado (ou não) através do parágrafo primeiro do artigo 12 da Lei 9.532/97, ao excluir da abrangência da imunidade ao IR - Imposto sobre a Renda rendimentos e ganhos de capital auferidos nas aplicações financeiras ali descritas, praticadas por entidade de assistência social e por instituição de educação.

2. Ora, significando a imunidade uma limitação proibitiva ao poder de tributar (em contraposição às limitações afirmativas, em que se traduzem os princípios tributários), uma vedação constitucional ao exercício daquele segmento do Poder Soberano, realmente merece toda mensagem daquela espécie o devido cuidado, em sua delimitação e compreensão.

3. Em angulação formal, ao impor a parte final da alínea "c" do inciso VI do art. 150, CF, devam a entidade assistencial e a instituição de ensino, destinatárias da vedação, atender aos requisitos de lei, patente se revele ilegítimo o questionamento do papel exercido, no presente caso, como em outros, por meio de lei ordinária, como assim o é a Lei 9.532/97.

4. Também de inteiro equívoco a invocação, amiúde debatida, ao artigo 146, CF, este a traduzir um futuro e ainda distante novo CTN, no bojo do qual muitos temas lhe são naturalmente recomendados.

5. É límpida a mensagem constitucional a proteger do Imposto sobre a Renda - perceba-se, em seu gênero, pois assim a não distinguir o constituinte - as retratadas entidades de assistência social, no que relacionado ao atendimento de seus fins essenciais (imposição desinente do parágrafo 4º do referido art. 150), sem prejuízo, sim, de requisitos outros veiculáveis por lei, como fixado através da alínea "c" em pauta, em sua parte final.

6. Evidente que não se admitiria viesse a lume, no ordenamento, um diploma, como a Lei 9.532/97, a, paradoxalmente e com sua força *erga omnes*, aprioristicamente, já excluir da imunidade em questão os frutos de aplicação financeira qualquer, realizada por entidade de assistência social ou por instituição de educação.

7. Se o próprio constituinte livra do IR entidades de educação e de assistência social, sem efetuar qualquer distinção sobre esta ou aquela modalidade de incidência daquele tributo, flagrante a incompatibilidade vertical com a Lei Maior atual, ao generalizar proibitivamente o legislador, como assim o fez através do parágrafo em debate.

8. Superiormente a tudo, por fim, frontal o descumprimento, pela lei guerreada, ao disposto pelo CTN, o qual, na alínea "c" do inciso IV de seu art. 9º, também fixa a mesma proibição tributante: logo, sedimentada a natureza de Lei Complementar àquele diploma, revela-se transgressor o guerreado preceito à normatização codificada.

9. Por oportuno e em tom incidental, de se noticiar decidiu, em grau cautelar, o E. STF, na ADI nº 1802/DF, pela ilegitimidade da acoimada cobrança.

10. Ilegal, assim, a tributação em questão.

11. No tocante à alegação de falta de comprovação dos requisitos exigidos pelo artigo 14 do CTN, firme-se que o documento de fls. 133, emitido pela Secretaria Nacional de Justiça, certifica a instituição como sendo de Utilidade Pública e o seu Estatuto Social (fls. 38/45) assegura formalmente o preenchimento dos alegados requisitos, cabendo registrar que a apelante não trouxe aos autos, seu elementar ônus, qualquer elemento que desacreditasse a condição da autora como entidade de finalidade filantrópica, de caráter beneficente, educativo, cultural e assistencial.

12. Improvimento ao apelo e à remessa oficial, mantida a r sentença, tal qual lavrada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00058 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033166-23.1989.4.03.6100/SP

2001.03.99.052506-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO

APELANTE : ACRIPUR S/A IND/ E COM/

ADVOGADO : EMILIO ALFREDO RIGAMONTI e outro

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

APELADO : OS MESMOS

No. ORIG. : 89.00.33166-3 8 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA A ATACAR A SISTEMÁTICA RECOLHEDORA DA CSL, INSTITUÍDA NOS TERMOS DO ART. 8º, LEI 7.787/89 - LICITUDE DO PRECEITO - PRECEDENTES E. STF E C. STJ - DENEGAÇÃO DA ORDEM - IMPROVIMENTO AO APELO DA IMPETRANTE.

1.A sistemática de antecipado recolhimento do tributo em foco observou à estrita legalidade tributária, capital ao tema, de tal arte que a antecipação combatida a não contrariar o Sistema Tributário Nacional, não se cuidando de instituição nem de majoração, logo sem ranço a aventada mácula ao dogma da anterioridade, art. 195, § 6º, e art. 150, III, "b", Texto Supremo, assim desprovida, de desejados vícios, a sistemática positivada pelo art. 8º, Lei 7.787/89.

2.Nos termos da v. jurisprudência do E. STF, do C. STJ e dos TRF, assim robustecedores, não malhere dita forma recolhedora aos ângulos lançados pelo contribuinte em questão, assim observado o art. 149, Texto Supremo, sem ofensa ao inciso I do seu art. 150, ao inciso II de seu art. 5º, como de seu art. 150, tanto quanto sem arranhar suscitados art. 113 e 114, CTN, evidentemente que lastreado o recolhimento à hipótese dos tributos envoltos - não o prescreve de modo contrário o legislador em mira, por patente - por igual que não descumprido o invocado inciso III do art. 146, Carta Política (ou seja, adequado o veículo introdutor da norma, ausente advogada reserva à lei complementar), muito menos o preceito encartado em seu art. 59.

3.Cumpridos os dogmas de estrita legalidade tributária e da isonomia, art. 97, CTN, e art. 5º, Texto Político, tanto quanto não desavençados os valores levantados pelo contribuinte em pauta, a denegação da ordem avulta de rigor, improvendo-se a seu apelo.

4.Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00059 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0076962-59.1992.4.03.6100/SP

2001.03.99.054647-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : CIA INDL/ PAULISTA DE PAPEIS E PAPELÃO
ADVOGADO : DOMINGOS SANCHES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 92.00.76962-4 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - DEMANDA DE 1992 - SUCESSIVAS E INCUMPRIDAS AS OPORTUNIDADES FRANQUEADAS PARA REPARO À PREFACIAL - INDEFERIMENTO DA QUAL ASSIM ALICERÇADO NA PROCESSUAL LEGALIDADE - EXTINÇÃO TERMINATIVA ACERTADA - IMPROVIMENTO AO APELO DEMANDANTE.

1. Todo o historiamto lançado em Relatório demonstra, *data venia*, a relapsia completa da parte autora/apelante, em favor da qual muitas foram as oportunidades de cumprimento aos sucessivos/diligentes comandos judiciais, no feito exarados, isso para uma demanda ajuizada em 1992
2. Não socorrendo o Direito (nem o Judiciário) a quem dorme, típico cenário o dos autos de estrita observância, pelo E. Juízo *a quo*, ao dogma da legalidade processual, inciso II, do art. 5º, Lei Maior, pois indeferida foi a prefacial, tema inconfundível com o da extinção calcada nos incisos III e IV, do art. 267, CPC, para a qual, então sim, positivada prévia pessoal intimação, nos termos de seu § 1º.
3. De se recordar ao recorrente a repositura franqueada a tais casos - com a evidente corrigenda a tanto - nos termos do art. 268, CPC.
4. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00060 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017378-51.1998.4.03.6100/SP
2001.03.99.055901-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : VETORPEL IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : LUIS CARLOS SZYMONOWICZ e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 98.00.17378-1 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - ATUALIZAÇÃO SEGUNDO A PRESCRIÇÃO LEGAL AO PERÍODO, AUSENTE UM "DIREITO" CONTRIBUINTE POR ESTE OU AQUELE ÍNDICE - PACIFICAÇÃO E. STJ E SUPREMA CORTE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO DE RIGOR

- 1-Impondo-se alinhamento jurisprudencial com o quanto (mais recentemente) sufragado pelos Tribunais Superiores, ao particular pacificaram o E. STJ e a C. Suprema Corte, em torno do tema da atualização monetária das demonstrações financeiras, para os reflexos naturalmente daí decorrentes, deva a legalidade estrita de seu respectivo tempo vigorar, não havendo se falar em um conceito ontológico em torno do lucro tributável portanto, muito menos de um (assim desde sempre desejado) "direito" contribuinte a este ou àquele índice atualizador das demonstrações financeiras, devendo então prevalecer a prescrição legal de seu tempo. Precedentes.
- 2-Prejudicado se põe tudo o mais que veiculado na demanda, com a última palavra já firmada em solo pátrio pelo Judiciário, como aqui salientado, aos contornos do caso vertente se impõe improcedência ao pedido, afigurando-se de insucesso a causa ajuizada.
- 3-Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00061 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0727316-73.1991.4.03.6100/SP
2001.03.99.056037-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : INYLBRA S/A TAPETES E VELUDOS
ADVOGADO : RICARDO ESTELLES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 91.07.27316-9 6 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS TRIBUTADOS. PRODUTO FINAL ISENTO, NÃO TRIBUTADO OU SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO. AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO NO PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 9.779/99. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O E. Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no tocante à ausência de direito do contribuinte ao creditamento de IPI incidente quando da aquisição de insumos posteriormente empregados na industrialização de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero no período anterior ao advento da Lei nº 9.779/99. Precedentes do STF (Recursos Extraordinários nºs. 460.785/RS, 562.980/SC e 475.551/PR)
2. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00062 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0013211-93.1995.4.03.6100/SP
2001.03.99.057107-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
PARTE AUTORA : CIA JAUENSE INDL/
ADVOGADO : ROGERIO BORGES DE CASTRO
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.13211-7 9 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS - ATUALIZAÇÃO SEGUNDO A PRESCRIÇÃO LEGAL AO PERÍODO, AUSENTE UM "DIREITO" CONTRIBUINTE POR ESTE OU AQUELE ÍNDICE - PACIFICAÇÃO E. STJ E SUPREMA CORTE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO DE RIGOR

1. Impondo-se alinhamento jurisprudencial com o quanto (mais recentemente) sufragado pelos Tribunais Superiores, ao particular pacificaram o E. STJ e a C. Suprema Corte, em torno do tema da atualização monetária das demonstrações financeiras, para os reflexos naturalmente daí decorrentes, deva a legalidade estrita de seu respectivo tempo vigorar, não havendo se falar em um conceito ontológico em torno do lucro tributável portanto, muito menos de um (assim desde sempre desejado) "direito" contribuinte a este ou àquele índice atualizador das demonstrações financeiras, devendo então prevalecer a prescrição legal de seu tempo. Precedentes.
2. Prejudicado se põe tudo o mais que veiculado na demanda, com a última palavra já firmada em solo pátrio pelo Judiciário, como aqui salientado, aos contornos do caso vertente se impõe improcedência ao pedido, afigurando-se de insucesso a causa ajuizada.
3. Invertida a sucumbência arbitrada, ora em favor da União.

4. Remessa oficial provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00063 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0010557-26.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.010557-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : BANFORT BANCO FORTALEZA S/A em liquidação extrajudicial
ADVOGADO : SILVIA REGINA RODEGUERO GONCALVES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - DENÚNCIA ESPONTÂNEA, ARTIGO 138, CTN, RECOLHIMENTO EFETIVAMENTE ANTECIPADO DO PRINCIPAL E DOS JUROS, A ALIJAR AMBICIONADA MULTA - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1. Objetivamente se perde, *data venia*, em fragorosa inconsistência, a motivação fazendária invocada como mérito ao litígio, em seu apelo, bem assim no decisório em seara administrativa, pois com legitimidade e astúcia a parte contribuinte, efetivamente, antecipou-se ao Poder Público, na assim então reconhecida inadimplência de tributo (perceba-se que a Administração tenta dar à norma interpretação equivocada, como se extrai de sua manifestação: "... a simples mora no pagamento do tributo não constitui infração, razão pela qual é inaplicável o disposto no art. 138 do CTN").

2. A notícia contribuinte de fls. 83/84, autêntica denúncia espontânea, antecedida por recolhimentos a respeito com o pagamento de juros, incontestados por seus particulares valores em si, fez amoldar seu cenário ao da previsão impositiva estatuída no *caput* do artigo 138, CTN, o qual a assegurar exclusão de reprimenda fiscal, sobre aquele que exatamente se conduza, enquanto reconhecido devedor, segundo o modo praticado pela parte aqui apelada.

3. Nem de longe a se cuidar, no caso vertente, do débito de uma multa que, inadimplida, ensejaria outra de distinta espécie, respectivamente afirmadas multa moratória e multa de ofício, mas sim se está diante, reiterar-se, de tributo devido e recolhido com seus acréscimos de juros, como assim autorizado pelo enfocado ordenamento.

4. Fragiliza-se o Erário com sua intervenção recursal, cujos preceitos ali aventados, emanados da Lei 8.383/91, sobre serem de lei ordinária e assim jamais superadores à lei complementar, CTN, não guardam relação com a espécie, pois exatamente não realizada qualquer prévia/capital formalização fazendária ao crédito em questão, que, portanto, em antecipação contribuinte recolhido sob benefício do comando em guerra, como escancarado. Precedente.

5. Desnecessário adentrar-se aos ditames da Lei 6.024/74, ao passo que a parte demandante noticiou a decretação de sua falência, fls. 164/172, nos termos da r. sentença proferida pelo E. Juízo de Direito da Décima Vara Cível da Comarca de São Paulo, o que a ir ao encontro do pleito vestibularmente aviado, no que toca à exclusão da multa moratória, aqui restando cristalina a configuração da hipótese prevista no artigo 138, CTN.

6. Improvimento à apelação e à remessa oficial, mantida a r. sentença, tal qual lavrada, inclusive em sede sucumbencial, pois fixada consoante os contornos do caso vertente e em observância aos ditames do artigo 20, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00064 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0014634-78.2001.4.03.6100/SP
2001.61.00.014634-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : LABOR CONSTRUCCOOP COOPERATIVA DE TRABALHO DE PROFISSIONAIS DA CONSTRUCAO
ADVOGADO : CLAREL LOPES DOS SANTOS JUNIOR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - COOPERATIVA DE TRABALHO - PIS - LEGITIMIDADE DE SUA TRIBUTAÇÃO - LICITUDE DA REVOGAÇÃO ISENTIVA ANTES PREVISTA NO INCISO I DO ARTIGO 6º, LC 70/91, ASSIM LEGÍTIMO O POSTERIOR ORDENAMENTO (LEI 9.715/98, MP 1.858/99 E 2.158-35/01) - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

- 1.Quanto à "preliminar" de falta de liquidez e certeza do direito, esta atine ao mérito, e nele será analisada.
- 2.Também de se afastar o aventado não-cabimento de mandado de segurança contra lei em tese. Não se cuida, efetivamente, de mandado de segurança normativo, como vedado através da v. Súmula 266, do STF, mas de ação a discutir o caso em concreto da parte contribuinte, em face de norma tributante a lhe produzir efeitos reais, pessoais, referentemente a todos os substituídos envolvidos com a exação em tela.
- 3.Afigura-se inadmissível se deseje elevar qualquer previsão, encartada no artigo 146, CF (aí incluída, por conseguinte, a concernente à alínea "c", de seu inciso III), a óbice ou entrave ao exercício do poder de tributar.
- 4.Tendo fundamento na soberania do Estado o ora enfocado poder de tributar, de que gozam os quatro entes federados, rege-se o seu exercício, inquestionavelmente, no âmbito competencial fincado pelo constituinte, originário e derivado, por balizas afirmativas - equivalentes aos princípios ou dogmas tributários - e por vetores proibitivos, traduzidos na figura das imunidades tributárias, ambos os segmentos contidos dentro do gênero das "limitações ao poder de tributar", consoante rubrica que inaugura o próprio artigo 150, CF.
- 5.Pretende a parte contribuinte, em plano de pedido principal, o não-recolhimento da contribuição social em foco, sob o fundamento de ser cooperativa e não auferir lucro.
- 6.Insurge-se a ora impetrante contra o recolhimento da citada contribuição social, como no caso vertente, por desejar ver reconhecido que, de tão especial sua atividade (cooperativa de trabalho), não se sujeitaria à cobrança daquele tributo, tecnicamente sob a afirmação, segundo se extrai, de uma ausência de previsão legal específica a respeito, portanto em função de uma sustentada "não-incidência tributária" (ao contrário, a afirmar o sistema a exime a respeito).
- 7.Para o desejado êxito de retratado raciocínio, todavia, desconsidera a parte contribuinte, no natural afã de defesa de seus interesses, elementar característica do poder tributante, presente no sistema : sob o plano da reserva legal ou da estrita legalidade, instituidora ou majoradora de tributos (artigo 150, inciso I, e parágrafo 2º do art. 62, CF, assim como art. 2º da E.C. 32/2001), constrói o legislador, com a liberdade e segundo as diretrizes constitucionalmente fincadas, o todo da regra-matriz de incidência tributante, para cada exação, a conter, em descrição precisa, no âmbito do "dever-ser", todos os seus critérios ou elementos.
- 8.Tem a amplitude do poder de tributar o grau que o legislador assim descreve, com o já destacado respeito aos ditames constitucionais, dentro do quê qualquer subtração à incidência também fica reservada, expressa e indiscutivelmente, ao próprio legislador.
- 9.No plano da estrita legalidade, não tendo o próprio legislador distinguido entre as diversas categorizações ou classificações contábeis, nem a respeito do tipo de atividade exercida pela pessoa jurídica, como antes analisado, qualquer excludente tributante a respeito notoriamente haveria (e sempre haverá, aliás) de decorrer de comando legal expresso, explícito, a reger o tema, até por imposição de exegese literal sobre o assunto, nos termos do inciso II, do artigo 111, CTN.
- 10.Não escapa a postulante ao império da incidência da contribuição em pauta exatamente porque, imprevista - às expressas e elementarmente, artigo 97, inciso VI, CTN - qualquer exclusão detidamente sobre si, como cooperativa, resta por se sujeitar ao seu recolhimento, como assim se encontram as demais pessoas jurídicas, bem assim descabendo falar-se, via de consequência, na propalada não-incidência ou até na aqui analisada analogia : reitere-se e ao oposto, é explícita sua inserção no elenco dos sujeitos passivos, como ilustrado.
- 11.Cristalina a licitude de MP (como também de lei, na qual se converta) vir a modificar outra lei, ordinária como em essência consagradamente a LC 70/91, de rótulo equivocado, como pacificado. Precedentes.
- 12.Em sede de formal embate em torno da supressão, no tempo, da antes positivada isenção cooperativa vazada no então inciso I do artigo 6º, LC 70/91, em tema de Cofins, pacificada a natureza de lei ordinária daquele diploma - ou seja, o legislador infraconstituinte "exagerou" no processo legislativo, valendo-se de um anteprojeto de lei complementar, quando suficiente o de lei ordinária, pois afinal já pertencente ao núcleo do artigo 195, Texto Supremo, referida fonte, contribuição sobre o faturamento - nenhum reparo a sofrer tenha dita modificação sido empreendida seja pela Lei 9.715/98 como pelas Medidas Provisórias 1.858/99 e 2.158-35/01 (esta última também de toda eficácia, artigo 2º, EC 32/01), pois da mesma estatura a primeira em relação à segunda e a desfrutarem de força de lei implicadas medidas provisórias, *caput* do artigo 62, CR, portanto admissíveis em sua veiculação até pelo Pretório Excelso.
- 13.Relativamente ao uso da Lei 9.715/98 para alterar redação referente à contribuição social ao PIS, com letra original emanada da LC 07/70, há de se reconhecer a suficiente força e acerto do quanto sufragado por meio do segundo

parágrafo da página dois, do v. voto-contudor lavrado no bojo da ADIN n.º 1.417-0-DF, no qual reconhecido não se trata aquela contribuição de exação nova no elenco do art. 195, Lei Maior, daí se extraindo, a uma, não se lhe aplicar o elenco de exigências que emana de seu § 4º, tanto quanto daí também, a duas, flagrando-se da natureza de lei (e não de lei complementar) como instrumento necessário e suficiente (art. 150, I, CF) à veiculação de referido tributo e de suas alterações, vez que a referência contida no art. 239, do Texto Supremo, não teve o condão de impor o calibre de lei complementar aos mecanismos disciplinadores da contribuição ao PIS.

14. Toda a luta contribuinte em questão cai por terra, pois não malferidos os cânones vazados no artigo 59, como nos artigos 47 e 69, todos da Carta Política, de sua face jamais o tendo prometido "o melhor dos mundos" o propalado artigo 146, da mesma Lei Maior, como salientado, pois submetidos os temas tributários à fundamental estrita legalidade, inciso I do artigo 150, CF, e artigo 97, CTN. Precedentes.

15. Sem sucesso infirmar-se sobre a isonomia, pois objetivamente destinado distinto tratamento aos desiguais, tanto quanto equivalente aos iguais, inciso II do artigo 150, da Constituição Federal.

16. Com razão a corrente disputa em torno de atos cooperativos praticados com terceiro, que não outras cooperativas, ainda que no interesse de cooperados, quando muito voltada a vantagem tributária isentiva, enquanto durou, a atos firmados com os próprios cooperados ou com outras cooperativas, também sob tal flanco portanto não subsistindo a intenção contribuinte em pauta, em suma a este tópico : logo, não sobrevive a luta demandante, sobre a qual a se impor objetivo malogro, nos termos da v. jurisprudência em destaque. Precedentes.

17. Não-conhecimento da apelação fazendária no que diz respeito ao tema atinente à base de cálculo definida pelo artigo 3º, Lei 9.718/98, o qual não foi objeto do pedido da parte impetrante.

18. Sepulta de parcial insucesso a seu recurso a própria parte apelante, assim se impondo seu parcial não-conhecimento.

19. Parcial conhecimento da apelação fazendária e, no que conhecida, provida, bem assim provimento à remessa oficial. Reforma da r. sentença. Denegação da segurança, ausente reflexo sucumbencial, face à via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, conhecer parcialmente da apelação fazendária e, no que conhecida, dar-lhe provimento, bem assim dar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00065 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025956-95.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.025956-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : BABY LINEN CONFECÇOES INFANTIS LTDA -ME
ADVOGADO : LEANDRO MACHADO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO. ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO NÃO COMUNICADA À RECEITA FEDERAL. INTIMAÇÃO PESSOAL INFRUTÍFERA. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. LEGITIMIDADE. OBRIGATORIEDADE DE COMUNICAÇÃO DA MUDANÇA DA SEDE.

1. É legítima a comunicação da exclusão do SIMPLES por edital, quando infrutífera a notificação pessoal da empresa em razão de alteração de endereço não comunicada à Receita Federal.

2. Remessa Oficial e apelação providas. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00066 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004842-94.2001.4.03.6102/SP

2001.61.02.004842-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : UNIMED DE RIBEIRAO PRETO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
ADVOGADO : LUIS GUSTAVO DE CASTRO MENDES
: JOSE LUIZ MATTHES
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - COOPERATIVA - IR - INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES NO MERCADO FINANCEIRO - AUSENTE A DESEJADA PROTEÇÃO - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO

- 1.Gênese a toda a celeuma em tela repousa na pretensão demandante de não pagar mais Imposto de Renda sobre as aplicações financeiras.
- 2.Consagra a Lei 5.764/71 a não-sujeição do lucro de suas atividades à tributação, em essência enquanto praticados atos "interna corporis", entre os próprios entes cooperados, consagrados como atos cooperativos.
- 3.Com veemente justeza aos propósitos do associativismo cooperativo, o que a emanar daquela origem se põe a merecer proteção tributante. Todavia, para o debatido se deseja inserir, como não-tributáveis, os resultados oriundos de aplicações financeiras junto ao mercado em geral.
- 4.Caracterizada a realização de negócios jurídicos junto a entes estranhos, não-cooperados, flagrante a não-proteção a respeito, como se deu na espécie, das rubricas questionadas, assim sem sucesso invocação de que tal em prol dos associados.
- 5.Efetivamente tributáveis, sob o enfoque de IR, aqueles resultados, em nada confundíveis com dispositivos da Lei em tela, arts. 85 a 88 e 111.
- 6.Neste sentido, pois sim, a jurisprudência, pela legítima sujeição tributante pertinente. Precedentes.
- 7.Não escapa o pólo contribuinte ao império da incidência do Imposto de Renda sobre rendimentos de aplicações de ativos circulantes no mercado de capitais, exatamente porque, imprevista - às expressas e elementarmente, artigo 97, inciso VI, CTN - qualquer exclusão detidamente, como sociedade cooperativa, resta por se sujeitar ao seu recolhimento, como assim se encontram as demais pessoas jurídicas, bem assim descabendo falar-se, via de consequência, na (amiúde) propalada não-incidência.
- 8.Improvemento à apelação. Improcedência ao pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00067 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005483-82.2001.4.03.6102/SP

2001.61.02.005483-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : ESTRUTURA ASSESSORIA E CONSULTORIA TRIBUTARIA S/C
ADVOGADO : MARISTELA FERREIRA DE SOUZA MIGLIOLI SABBAG e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DO FEITO. AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS. DIREITO À DILAÇÃO PROBATÓRIA TENDENTE À DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO ALEGADO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Por ocasião da tramitação do processo, o juiz de primeiro grau não oportunizou às partes a especificação de provas, sentenciando o feito antecipadamente. Ao assim proceder, afastou o pedido primeiro da parte autora, constatando "que a autora não logrou êxito em comprovar que não possui empregados, o que corrobora a sua condição de contribuinte".
2. Não obstante tenha se sagrado vencedora quanto ao pleito subsidiário de afastamento da exigibilidade da contribuição ao PIS nos moldes prescritos pelas Leis n.ºs. 9.715 e 9.718, ambas de 1998, a postulante assevera que pretende com a

presente ação "desobrigar-se integralmente do recolhimento do PIS, com base no argumento de que não possuía empregados", tendo, assim, sucumbido no tocante ao pedido principal.

3. Objetivando afastar a exigência tributária como um todo, sob o argumento de que não possuía empregados, mostra-se necessária a viabilização da dilação probatória para a demonstração da condição de não-empregadora, considerando que o magistrado de primeira instância afastou o pedido principal com fulcro na ausência de comprovação de tal situação, sem, contudo, permitir à autora que fizesse prova do quanto alegado, o que acarretou cerceamento de defesa à parte.

4. Apelação da parte autora provida para o efeito de anular a sentença proferida, determinando o retorno dos autos à origem para o prosseguimento do feito, com a abertura de prazo para especificação de provas. Remessa oficial e recurso da União Federal prejudicados.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00068 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001582-97.2001.4.03.6105/SP

2001.61.05.001582-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : DESENTUPIDORA JUNDIAI LTDA - ME
ADVOGADO : OSWALDO PEREIRA DE CASTRO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. SERVIÇOS DE DESENTUPIMENTOS E LIMPEZA DE FOSSAS. AUSÊNCIA DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO.

1. O serviço de limpeza a que se refere o legislador (art. 9º, inciso XII, alínea "f, da Lei nº 9.417/96) é aquele oferecido de modo contínuo às empresas que contratam esse tipo de atividade, por meio de cessão de mão de obra, não se enquadrando na vedação legal as atividades de desentupimento de esgoto e limpeza de fossas.

2. Apelação provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00069 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006162-73.2001.4.03.6105/SP

2001.61.05.006162-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE PAULINIA S/A EMDEP em
liquidação extrajudicial
ADVOGADO : MARIA JOSE AREAS ADORNI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

CAUTELAR, EM 1998, A DESEJAR OBSTAR EXECUTIVO FISCAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA AUSENTE, NEM MESMO EVIDENCIADA SUSPENSÃO DA EXIGÊNCIA (CTN, ART. 151, cc § 1º DO ART. 585, CPC) - EXTINÇÃO MANTIDA POR SUA CONCLUSÃO - IMPROVIMENTO AO APELO DEMANDANTE

1. Embora, por um lado, não vede o amplo acesso ao Judiciário, inciso XXXV do art. 5º da Lei Maior, deseje esta ou aquela ação obstar ao trâmite de dada execução, em específico o § 1º do art. 585, CPC, não impede ao ajuizamento executivo qualquer ação, em si e isoladamente, ausente evidência de causa suspensiva.
2. A seu petitório não agregando a parte apelante qualquer evento suspensivo da exigibilidade da COFINS em questão, art. 151, CTN, flagra-se inatendido susposto capital ao sucesso cautelar, a plausibilidade jurídica dos fundamentos invocados, não reunindo a prefacial, isso mesmo, um único elemento em concreto a denotar propalado excesso, naquela cobrança, nem mesmo em angulação jus-argumentativa a tanto alcançando, o que se estende aos marcos e elementos temporais, vitais à invocada prescrição, assim também malograda.
3. Impõe-se a manutenção da r. sentença por sua conclusão e segundo os fundamentos aqui lançados.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00070 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004480-71.2001.4.03.6109/SP

2001.61.09.004480-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ULIANI ANDRADE CONSTRUTORA LTDA
ADVOGADO : MELFORD VAUGHN NETO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PIRACICABA SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. LEI Nº 9.718/98. ADVENTO DAS LEIS 10.637/2002 E 10.833/2003. PERDA DO OBJETO DA DEMANDA NÃO CONFIGURADA. INTERESSE NO AFASTAMENTO DOS EFEITOS DA LEI Nº 9.718/98 DURANTE A SUA VIGÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES E CONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DA COFINS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Não há que se falar em perda de objeto da demanda com a edição das Leis n.ºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, sob o argumento de que tais normas teriam disciplinado por completo as contribuições sob debate. Remanesce interesse da parte autora na discussão encetada no feito, mormente considerando que a Lei nº 9.718/98 vigeu durante determinado período e espraiou os seus efeitos, tendo interesse, portanto, o contribuinte em ver afastada a referida legislação.
2. O Egrégio Supremo Tribunal Federal assentou posição sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovida pelo parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (Recursos Extraordinários n.ºs. 357950, 390840, 358273 e 346084).
3. A Corte Suprema firmou a constitucionalidade da modificação da alíquota da COFINS (RE 487.475 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 5/8/2010).
4. Remessa oficial e apelação da União Federal parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00071 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008820-55.2001.4.03.6110/SP

2001.61.10.008820-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : DOMINGOS ALFEU COLENCI DA SILVA
ADVOGADO : DOMINGOS ALFEU C DA SILVA NETO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR INCORRETA INDICAÇÃO DO POLO PASSIVO. EQUIVALÊNCIA ENTRE AS EXPRESSÕES FAZENDA NACIONAL E UNIÃO FEDERAL PARA EFEITO DE INDICAÇÃO DO POLO PASSIVO DA DEMANDA. ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ARTIGO 12, INCISO I DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Na inicial o autor indicou como ré a Fazenda Nacional, acrescentando a par dela a "Secretaria da Receita Federal" e o "Sistema de Fiscalização".
2. Não se pode desconsiderar que a indicação da Fazenda Nacional atende ao comando do artigo 12, inciso I, do Código de Processo Civil.
3. O Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 3ª. Região já decidiu que "a ação proposta contra a Fazenda Nacional equivale à proposta contra a União Federal. Embora não tecnicamente correta, a expressão Fazenda Nacional equivale a União Federal" (RTRF-3a. Região, 11/115).
4. Impõe-se a anulação da sentença para regular processamento do feito, cabendo ao Juiz, em casos tais, determinar, de ofício que se corrija a autuação para constar, no lugar de Fazenda Nacional, União Federal, dado que se equivalem.
5. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00072 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000615-28.2001.4.03.6113/SP

2001.61.13.000615-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : IND/ DE CALCADOS RADA LTDA
ADVOGADO : ALBINO CESAR DE ALMEIDA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - SENTENÇA DA QUAL INTERPOSTO RECURSO ORDINÁRIO, AO INVÉS DE APELO: APESAR DA TEMPESTIVIDADE PARA COM ESTE, JURISPRUDÊNCIA A NÃO ADMITIR ROTULAÇÃO DE "DÚVIDA OBJETIVA" A TANTO - FUNGIBILIDADE INADMISSÍVEL - NÃO-CONHECIMENTO DO ORDINÁRIO

1. Não socorre ao impetrante seu indesculpável gesto de interpor recurso ordinário (protocolado em 05/11/2001) ao invés de apelo, diante da r. sentença (publicada em 17/10/2001) nos autos lavrada, em que pese observado o prazo deste.
2. Consagra o E. STJ, em coro com a doutrina pátria, somente se admita a trocabilidade recursal quando cumprido o fundamental suposto da dúvida objetiva, em torno da via impugnativa adequada, o que não se verifica na espécie, diante da clareza do processual ordenamento do *mandamus*, art. 12 da Lei 1.533/51, então vigente, via de consequência a defletir na constatação, irretorquível, do erro grosseiro, por parte do impetrante/recorrente.
3. Não-conhecimento do recurso ordinário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, não conhecer do recurso ordinário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00073 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003447-31.2001.4.03.6114/SP

2001.61.14.003447-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : TORO IND/ E COM/ LTDA

ADVOGADO : DJALMA DE LIMA JUNIOR e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CADIN. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECURSO VOLUTÁRIO PENDENTE DE JULGAMENTO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151, INCISO III DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. O E. Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento no sentido de que existindo procedimento administrativo em andamento, incidente a regra do artigo 151, inciso III, do CTN, que prevê a suspensão do crédito tributário enquanto pendentes recursos em processo tributário administrativo.
2. Com a suspensão do crédito tributário, indevida a inscrição do nome do impetrante no Cadin.
3. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00074 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003612-78.2001.4.03.6114/SP

2001.61.14.003612-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : RASS SERVICOS S/C LTDA

ADVOGADO : SIMONE MEIRA ROSELLINI

: DANIELA NISHYAMA

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. OPÇÃO PELO SIMPLES. PROCESSO ADMINISTRATIVO ARQUIVADO DIANTE DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. INSTAURAÇÃO DE NOVO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE.

1. Alterado o contrato social da empresa, com ajustes das atividades desenvolvidas, deve o contribuinte se valer de novo procedimento administrativo para requerer novamente seu enquadramento no SIMPLES, não podendo se aproveitar de processo já arquivado.
2. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00075 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005922-39.2001.4.03.6120/SP
2001.61.20.005922-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : AGROPECUARIA SAO BERNARDO LTDA
ADVOGADO : FABIO MARGARIDO ALBERICI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRABALHISTA. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA SUBMETIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

1. A autuação fiscal foi realizada muito aquém do quinquênio contado do recebimento de comunicações expedidas pela Justiça do Trabalho, termo inicial do lapso prescricional.
2. Estando a matéria submetida à Justiça do Trabalho, por certo que durante o período em que se realizam provas tendentes à demonstração do direito trabalhista vindicado pelo empregado, fica em suspenso o lapso prescricional destinado à Administração.
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00076 MEDIDA CAUTELAR Nº 0052538-65.2002.4.03.0000/SP
2002.03.00.052538-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
REQUERENTE : CIA ENERGETICA SANTA ELISA e outro
: SOROCABA REFRESCOS LTDA
ADVOGADO : FREDERICO JOSE STRAUBE
REQUERIDO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 2002.61.10.008093-3 1 Vr SOROCABA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. HOMOLOGAÇÃO DE PEDIDO DE DESISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REDUÇÃO DO MONTANTE DA VERBA HONORÁRIA.

1. A condenação das agravantes ao pagamento de verba honorária deve ser mantida, vez que deram causa à demanda, devendo suportar os ônus da sucumbência na hipótese de desistência do feito, tal qual se verificou na espécie.
2. A jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA adotou o entendimento de que os "honorários advocatícios são passíveis de modificação na instância especial tão somente quando se mostrarem irrisórios ou exorbitantes" (AGRESP 1172294, Rel. Min. CASTRO MEIRA).
3. No caso concreto, foi atribuído à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e a condenação, determinada em 10% (dez por cento) sobre esse montante, o que resulta, por certo, em quantia de expressiva monta.
4. Redução dos honorários para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), atendendo às diretrizes do artigo 20, § 4.o., c.c. § 3.o., do CPC.
5. Agravo regimental parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00077 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015341-52.2002.4.03.9999/SP
2002.03.99.015341-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : NEMESIO CAMARGO BARBOSA JUNIOR E CIA LTDA -ME
ADVOGADO : AUDREY MALHEIROS
APELADO : Conselho Regional de Farmacia CRF
ADVOGADO : PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO
No. ORIG. : 96.00.00246-4 A Vr AMERICANA/SP

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS. OBRIGATORIEDADE DE PRESENÇA DE PROFISSIONAL REGISTRADO NO CRF QUANDO PRATICAR ATIVIDADES TÍPICAS DE DROGARIA.

1. O E. Superior Tribunal de Justiça e o E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região assentaram entendimento no sentido de ser obrigatória a presença de profissional registrado perante o Conselho Regional de Farmácia, quando ficar comprovado que o dispensário/posto de medicamentos pratica atividades típicas de drogaria.
2. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00078 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0057691-59.1995.4.03.6100/SP
2002.03.99.016745-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : COPLATEX IND/ E COM/ S/A
ADVOGADO : RICARDO LACAZ MARTINS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 95.00.57691-0 10 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. BASE DE CÁLCULO. LEI N.º 8.200/91. DECRETO-LEI N.º 332/91. LEGALIDADE.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o disposto no artigo 41, parágrafo 2º do Decreto 332/91 se ajusta às disposições da Lei nº 8.200/91 no que se refere à base de cálculo da contribuição social sobre o lucro. Precedentes.
2. Apelação da autora não provida. Remessa oficial e apelação da União provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00079 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0605726-41.1996.4.03.6105/SP
2002.03.99.024753-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ROBERTO TRABULSI SAID
ADVOGADO : OSWALDO BITTENCOURT NETTO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 96.06.05726-7 4 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. IPI. ISENÇÃO NA COMPRA DE AUTOMÓVEIS. DEFICIENTE FÍSICO. AÇÃO AFIRMATIVA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O impetrante, tetraplégico, adquiriu no exterior, no ano de 1.994, veículo automotor adaptado às suas necessidades de locomoção, veículo esse sem similar nacional.
2. Na época estava em vigor a Lei n. 8.989, de 24 de fevereiro de 1.995, que garantia aos deficientes a isenção do IPI sobre automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência física, não possam dirigir automóveis comuns (art. 1.º e inciso IV).
3. Não obstante a previsão legal restringir a condição do veículo a certas condições objetivas, especialmente fabricação nacional e limite de capacidade do motor, o certo é que a indústria nacional, à época, não fornecia veículo com as condições especiais requeridas pela situação do Impetrante.
4. A interpretação dada pela sentença ao caso concreto há de ser mantida, vez que ancorada no postulado constitucional que garante ao deficiente "o acesso a logradouros e veículos" (CF. art. 244), bem como em Tratado Internacional que prevê a igualdade tributária (GATT, art. 3., Parte II, n. 2).
5. Interpretação consonante com orientação do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, para quem essa espécie de benefício, em verdade, consagra o postulado das "ações afirmativas" (RESP 567873, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 25/2/2004, p. 120).
6. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00080 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000610-84.1997.4.03.6100/SP
2002.03.99.042856-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CEL LEP JARDIM AMERICA LTDA
ADVOGADO : ANDRE SHODI HIRAI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : Servico Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC
ADVOGADO : ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA
APELADO : Servico de Apoio as Micro e Pequenas Empresas de Sao Paulo SEBRAE/SP
ADVOGADO : LENICE DICK DE CASTRO
PARTE RE' : Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educacao FNDE
ADVOGADO : EVANDERSON DE JESUS GUTIERRES
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

No. ORIG. : 97.00.00610-7 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SENAC E SEBRAE. SALÁRIO EDUCAÇÃO. CURSO DE IDIOMAS. ORDEM DE SERVIÇO 145/96. REENQUADRAMENTO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA POR SUA CONCLUSÃO.

1. Sentença mantida por sua conclusão.
2. O reenquadramento operado por meio da Ordem de Serviço nº 145/96 não padece de vícios. (AMS 200403990147682. Des. Rel. Mairan Maia. Sexta Turma. DJF3 CJ1 23/08/2010. pg. 511).
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00081 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014361-07.1998.4.03.6100/SP

2002.03.99.044194-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : BENEFICIENCIA MEDICA BRASILEIRA S/A - HOSPITAL E MATERNIDADE
SAO LUIZ
ADVOGADO : CELECINO CALIXTO DOS REIS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 98.00.14361-0 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSSL. APURAÇÃO POR ESTIMATIVA. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. COMPENSAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. INAPLICABILIDADE.

1. A Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de que, na compensação da CSSL e do IRPJ com outros tributos, relativa à apuração por estimativa, não incidem juros e correção monetária.
2. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00082 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0704042-80.1991.4.03.6100/SP

2002.03.99.047035-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MONTANA QUIMICA S/A
ADVOGADO : RICARDO ESTELLES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 91.07.04042-3 8 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. APLICAÇÃO DA TR/TRD. POSSIBILIDADE.

1. Na ADIN n. 493-DF, o Egrégio Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional tão somente os artigos que cuidavam especificamente da atualização monetária dos saldos devedores e das prestações atinentes ao Sistema Financeira da Habitação e do Saneamento (SFH e SF), restando, portanto, plenamente válido o dispositivo do artigo 9.º da então Lei n. 8.177/91, obrigando a aplicação da TRD sobre os débitos tributários de qualquer natureza (RE 175678, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 04-08-1995, p. 22549).
2. Não se há de falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na aplicação da TR na atualização de tributos, posto que "no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR".
3. Remessa oficial e apelação da União Federal providas. Apelação da parte autora improvida. Inversão dos encargos de sucumbência.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00083 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0007525-85.2002.4.03.6000/MS

2002.60.00.007525-1/MS

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
PARTE AUTORA : EXPRESSO VITORIA DO XINGU LTDA
ADVOGADO : LAERCION ANTONIO WRUBEL
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE CAMPO GRANDE MS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE ÔNIBUS. DECRETO N.º 2.521/98. LIBERAÇÃO DO VEÍCULO.

1. O art. 85, § 3º, do Decreto n. 2.521/98, ao dispor acerca de penalidade (apreensão de veículo), impondo, subseqüentemente, o pagamento da multa como condição para liberação do bem, extrapolou a sua finalidade de apenas regulamentar a Lei n. 8.987/95.
2. Remessa Oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00084 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001517-83.2002.4.03.6100/SP

2002.61.00.001517-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : INDUSTRIAS HITACHI S/A
ADVOGADO : RICARDO GOMES LOURENCO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. LEI Nº 9.718/98. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E CONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. PRECEDENTES

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS. POSSIBILIDADE SEGUNDO CRITÉRIOS DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. O Egrégio Supremo Tribunal Federal assentou posição sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS, promovida pelo parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (Recursos Extraordinários nºs. 357950, 390840, 358273 e 346084).
2. Não há que se cogitar da ocorrência de prescrição, eis que a exação questionada, na forma como disciplinada, veio a lume em 1998, enquanto o feito foi ajuizado no ano de 2002.
3. A Corte Suprema firmou a constitucionalidade da modificação da alíquota da exação (RE 487.475 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 5/8/2010).
4. A Primeira Seção já se manifestou no sentido de que a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação. Hipótese dos autos em que o ajuizamento da ação ocorreu na vigência da Lei nº 9.430/96, que permite a compensação, mediante requerimento do contribuinte, com tributos ou contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.
5. A aplicação de correção monetária e juros de mora sobre o indébito tributário há de ser assegurada, devendo incidir a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996, compreensiva de juros e correção monetária. (REsp nº 460.292, relator Ministro João Otávio de Noronha, in DJ de 2/8/2006, pág. 243).
6. Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de outubro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00085 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002005-38.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.002005-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CIA PIRATININGA DE FORÇA E LUZ
ADVOGADO : FABIO TEIXEIRA OZI e outro
: GLAUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. DEDUÇÃO VEDADA PELO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.316/96. LEGALIDADE.

1. A Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido da legalidade da vedação contida pelo artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 9.316/96.
2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00086 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0003238-70.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.003238-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
PARTE AUTORA : BRIDGESTONE FIRESTONE DO BRASIL IND/ E COM/ LTDA

ADVOGADO : LUIZ VICENTE DE CARVALHO
PARTE RÉ : Conselho Regional de Nutricionistas
ADVOGADO : CELIA APARECIDA LUCCHESE
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE NUTRICIONISTAS. OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO. ATIVIDADE BÁSICA.

1. O E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região assentou entendimento no sentido de que não está obrigada a efetuar registro no Conselho Regional de Nutricionistas empresa que não tem por atividade básica ocupações atinentes à nutrição.
2. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00087 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007169-81.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.007169-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : EMILIO NAVAS COMINATO
ADVOGADO : DOUGLAS GONCALVES DE OLIVEIRA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RATEIO DE PATRIMÔNIO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA EXTINTA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DO PARTICIPANTE EFETUADAS NA VIGÊNCIA DA LEI 7713/89.

1. A Primeira Seção do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se manifestou no sentido de que apenas os valores vertidos pelo empregado/participante para a entidade na vigência da Lei nº 7.713/89 é que não se sujeitam à incidência do imposto de renda, sendo tributadas as quantias recolhidas pelo patrocinador/instituidor e os resultados superavitários de suas operações.
2. Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00088 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0017601-62.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.017601-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : SEFAPI IND/ DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO : HENRIQUE LEMOS JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA - DEMORA ESTATAL NÃO CAUSADA PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO NÃO APRECIADO CONSOANTE IN/SRF 93/01 - IMPROVIMENTO AO APELO E À REMESSA OFICIAL - CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Não tendo sido obtida resposta, até 09.08.02, ingressou em Juízo, com o presente *mandamus*, em referido dia, fls. 02, sendo de se recordar, *in genere*, estabelece o CTN, art. 205, parágrafo único, prazo de dez dias para a emissão do documento pleiteado.
2. Estava a recorrida a buscar atendimento a um seu direito, consagrado desde o plano constitucional (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), de obter certidão, perante repartição pública, acerca de informações hábeis a lhe proporcionarem regular funcionamento.
3. Incumbe salientar-se ser de rigor a intelecção do dispositivo insculpido a partir do parágrafo único do art. 205, CTN, no sentido de que o prazo para a Administração emitir uma certidão, em resposta ao pleito perante a mesma deduzido, deve corresponder ao lapso de dez dias, independentemente do resultado da manifestação do órgão público suscitado (certidão negativa, positiva ou positiva com efeito negativo, esta consoante o prevê o art. 206, CTN).
4. Se o inciso III e o § 2º do art. 7º, IN 93/01, fixam limite de trinta dias para deliberação administrativa e consideradas as compensações administrativas, notório que se excedeu o Estado, a com isso lesar acesso à certidão.
5. Mais se patenteou a efetiva lesão ao direito à obtenção de certidão à vista do decurso de lapso temporal superior ao fixado legalmente (seja por força do art. 205, parágrafo único, CTN, seja por força do avertado art. 7º, IN 93/01), compelindo a recorrida a conduzir ao Judiciário o relato de tal situação (art. 5º, XXXV, CF).
6. Notório não possa se prejudicar o contribuinte, diante de omissão do Poder Público em deliberar sobre a postulação compensatória administrativa deduzida.
7. Não se compadece a conduta administrativa combatida com o princípio constitucional da legalidade dos atos administrativos, art. 37, *caput*, CF, pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, inaugurado a partir de 05.10.1988 (art. 1º, *caput*), garantia da máxima envergadura aos administrados.
8. Em face da não-manifestação administrativa, nos prazos estabelecidos, incontestemente resultou a lesão a um direito da apelada, absolutamente legítimo, inafastável, de obtenção de uma certidão em resposta a seu pedido.
9. Se incontestemente o volume que assoberba a Administração Pública de serviços, por um lado, também se evidencia patente a inadmissibilidade de que se submeta o contribuinte a uma espera indefinida no tempo, máxime quando isso conduz a este indesejável prejuízo, no cotidiano de suas atividades.
10. Improvimento ao apelo e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00089 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0019984-13.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.019984-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ETESCO CONSTRUÇÕES E COM/ LTDA
ADVOGADO : IVAN BRASIL MOURA BEVILAQUA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DE CND - IRREGULARIDADE EM SEU QUADRO SOCIETÁRIO, NO SISTEMA CNPJ - EXIGÊNCIA DEVIDAMENTE CUMPRIDA - INDEPENDÊNCIA - INADMISSIBILIDADE DE EXIGÊNCIAS CONDICIONADORAS ÀQUELA EMISSÃO : IMPERATIVO O DEVIDO PROCESSO LEGAL - PRECEDENTES - APELAÇÃO E REEXAME IMPROVIDOS.

1. Este Relator firmava entendimento no sentido da legitimidade, vez que calcada na adiante invocada legalidade, da exigência guerreada nos autos (obter Certidão Positiva com efeitos de Negativa, indeferida pela SRF àquele certidão sob o argumento de possuir irregularidade em seu quadro societário, sendo-lhe exigido informar, a tanto, pela Internet, no sistema CNPJ), consoante voto proferido nos autos nº 96.03.054865-0. Precedente.
2. Reformulado resta dito entendimento, ante a torrencial compreensão pretoriana contrária, pela ilegitimidade de tal postura estatal.

3. O tema em tela, do condicionamento antes referido, claramente ofende o postulado magno do devido processo legal, pois a desfrutar o Erário de caminhos próprios para a necessariamente autonômica via de exigência dos deveres de fazer, de não-fazer e de dar, pelo pólo contribuinte, inconfundíveis com um contexto objetivamente estranho, como o do feito em cena.
4. Sobre significar indesejável instabilidade a uma relação processual dotada de objeto próprio, preciso, também se afigura afrontosa ao enfocado devido processo legal a postura fazendária, da restrição em tela. A Corte Maior da Nação, por meio das Súmulas 70, 323 e 547, assim vaticina ao longo dos tempos. Precedentes.
5. Devidamente comprovado que a impetrante procedeu à regularização de seus dados cadastrais, via Internet, conforme lhe foi exigido.
6. Improvimento à apelação e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00090 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022167-54.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.022167-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : FAISCA EMPRESA DE SANEAMENTO AMBIENTAL LTDA
ADVOGADO : PAULO ROBERTO MANCUSI e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - AUSENTE EFEITO SUSPENSIVO DA EXIGIBILIDADE, MUITO MENOS CONSONÂNCIA, ENTRE A AUTUAÇÃO POR FALTA DE RECOLHIMENTO E O DEBATE, ASSIM DISTINTO, EM TORNO DE RESTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - INADEQUAÇÃO AOS ARTS. 205/206, CTN - DENEGAÇÃO DA ORDEM - IMPROVIDO O APELO IMPETRANTE.

1. Veemente o descompasso entre a aventada discussão administrativa e a autuação sofrida pela impetrante.
2. Autuada em abril/2001, sob nº 10882.000674/2001-79, pela motivação descrita na própria prefacial, por falta de recolhimento dos tributos IRPJ e CSL, o debate, sobre o qual se deseja a força suspensiva do art. 171, CTN, versa sobre outro contexto, o de pedido de restituição de valores a título de CSLL, indeferido e objeto do recurso, em junho/2002.
3. De todo o acerto a r. sentença, ausente elementar conexão entre o cenário descrito e o aventado efeito suspensivo de exigibilidade, logo sem adequação o conceito do fato ao ímpeto por CND, deflagrado naquele 2002, por meio desta impetração, sem agasalho a tanto os arts. 205 nem 206, CTN.
4. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00091 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0024402-91.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.024402-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MHZ PLANEJAMENTO DE SAUDE S/C LTDA

ADVOGADO : ROMUALDO GALVAO DIAS
: EMILIA DE FATIMA FERREIRA GALVAO DIAS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

1. A ausência de notificação acerca do ato de exclusão do SIMPLES constitui ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
2. Remessa Oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00092 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0029439-02.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.029439-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : PEXTRON CONTROLES ELETRONICOS LTDA
ADVOGADO : MAURICIO TASSINARI FARAGONE e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO - ÚNICO TEMA DA COFINS, COMPROVADAMENTE OBJETO DE COMANDO JUDICIAL FINAL COMPENSATÓRIO, NÃO LOGRANDO A FAZENDA INFIRMAR SUA REGULAR OCORRÊNCIA - CONCESSÃO DE RIGOR - IMPROVIDOS APELO E REMESSA.

1. No Texto Constitucional, o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas, como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.
2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.
3. A instrução colhida ao longo do feito e muito bem depreendida pelo E. Juízo prolator da sentença, demonstra o feito que exatamente a afirmada COFINS em aberto corresponde ao definitivo comando judicial compensatório lavrado em prol do contribuinte em tela fls. 68 e 77 (o extrato processual, ora juntado, revela sua definitividade), logo suficiente a tanto para o mister emissivo da certidão sentenciada, CPEND, inexistindo, assim, impedimento que justifique a recusa, pela Impetrada, em fornecer a ora referida Certidão.
4. A respeito do encontro de contas em pauta, evidentemente missão da Fazenda Pública, a qual desfruta do mister diligenciador sobre todos os elementos de qualquer sujeito passivo, art. 195, CTN, no autos não logrando dito ente inquirar a respeito.
5. Revela-se manifesto o inteiro acerto da r. sentença proferida, ao assegurar o adequado rumo dado à liminar que, cumprida, tecnicamente veio a exaurir o objeto da demanda, o que ora também se ratifica.
6. Apelo e remessa oficial, tida por interposta, improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00093 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001073-44.2002.4.03.6102/SP
2002.61.02.001073-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SANTA CLARA IND/ DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS TRIBUTADOS. PRODUTO FINAL ISENTO, NÃO TRIBUTADO OU SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO NO PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 9.779/99. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Legitimidade ativa da autora para pleitear o direito ao creditamento do IPI, consoante precedente do C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido (REsp 435575 / SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJU 4.4.2005)
2. O E. Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no tocante à ausência de direito do contribuinte ao creditamento de IPI incidente quando da aquisição de insumos posteriormente empregados na industrialização de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero no período anterior ao advento da Lei nº 9.779/99. Precedentes do STF (Recursos Extraordinários nºs. 460.785/RS, 562.980/SC e 475.551/PR)
3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00094 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003786-89.2002.4.03.6102/SP
2002.61.02.003786-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : USINA ACUCAREIRA GUAIRA LTDA
ADVOGADO : PEDRO ROTTA
: RENATA DE CASSIA DA SILVA LENDINES
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA, DO ANO DE 2002, EM BUSCA DO APROVEITAMENTO DO INVOCADO CRÉDITO-PRÊMIO IPI, EM SUA UTILIZAÇÃO ESGOTADO ATÉ OS DOIS ANOS SEGUINTE AO IMPÉRIO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO ACERTADA.

- 1-O desejado "crédito-prêmio" ao IPI, de fato, configurou benefício fiscal, contudo cuja fruição somente se admitiu até dois anos após a promulgação da Lei Maior vigente, 04/10/1990, nos termos do §1º do art. 41, de seu ADCT.
- 2-Pacifica-se a v. jurisprudência exatamente em rumo a inadmitir ações como a presente, ação ordinária deduzida em 2002, logo em momento no qual há muito extinto tal direito, ainda que em substância razão viesse a ter a parte contribuinte em questão, acaso se adentrasse ao mérito.
- 3-O intentado aproveitamento de tal afirmado "crédito" se expirou no tempo, irremediavelmente, afastado, pois, todo o conjunto de argumentos em contrário, inclusive de efeitos ditos "prospectivos", ao instituto. Precedentes.
- 4-Imperativa a improcedência, consoante dispositivo da r. sentença e motivação ora lançada.
- 5-Improvemento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação contribuinte, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00095 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002236-35.2002.4.03.6110/SP
2002.61.10.002236-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MUNICIPIO DE LARANJAL PAULISTA SP
ADVOGADO : WAGNER RENATO RAMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SOROCABA >10ª SJJ>SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151, INCISO III DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. Após o indeferimento do pedido de compensação, foi aparelhado recurso de "manifestação de inconformidade", não apreciado até a presente data.
2. Existindo procedimento administrativo em andamento, incidente a regra do artigo 151, inciso III, do CTN, que prevê a suspensão do crédito tributário enquanto pendentes recursos em processo tributário administrativo.
3. Remessa oficial e Apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00096 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005946-63.2002.4.03.6110/SP
2002.61.10.005946-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SANTO DONATO FLORA
ADVOGADO : ALEXANDRE OGUSUKU e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS TRIBUTADOS. PRODUTO FINAL ISENTO, NÃO TRIBUTADO OU SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO NO PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 9.779/99. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Legitimidade ativa da impetrante para pleitear o direito ao creditamento do IPI, consoante precedente do C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido (REsp 435575 / SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJU 4.4.2005).
2. O E. Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no tocante à ausência de direito do contribuinte ao creditamento de IPI incidente quando da aquisição de insumos posteriormente empregados na industrialização de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero no período anterior ao advento da Lei nº 9.779/99. Precedentes do STF (Recursos Extraordinários nºs. 460.785/RS, 562.980/SC e 475.551/PR).
3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00097 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007275-13.2002.4.03.6110/SP
2002.61.10.007275-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MUNICIPIO DE CERQUILHO SP
ADVOGADO : WAGNER RENATO RAMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SOROCABA >10ª SJJ>SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151, INCISO III DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. Após o indeferimento do pedido de compensação, foi aparelhado recurso de "manifestação de inconformidade", não apreciado até a presente data.
2. Existindo procedimento administrativo em andamento, incidente a regra do artigo 151, inciso III, do CTN, que prevê a suspensão do crédito tributário enquanto pendentes recursos em processo tributário administrativo.
3. Remessa oficial e Apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00098 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008093-62.2002.4.03.6110/SP
2002.61.10.008093-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SOROCABA REFRESCOS S/A e outro
: CIA ENERGETICA SANTA ELISA
ADVOGADO : FREDERICO JOSE STRAUBE e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO FEITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO DE TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO A TERCEIRO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITO FRENTE AO FISCO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. A pretensão posta nos autos diz respeito ao reconhecimento do direito de transferir crédito tributário da primeira impetrante para a segunda, de modo que esta possa aproveitá-lo para fins de compensação com parcelas de tributos devidos.
2. O juiz de primeiro grau entendeu ausente o interesse de agir, diante da não demonstração da existência de crédito frente ao Fisco.
3. Correto o entendimento hostilizado.
4. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00099 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002364-52.2002.4.03.6111/SP
2002.61.11.002364-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO
APELANTE : DELTA CONTABIL S/C LTDA
ADVOGADO : FAGNER DOS SANTOS CARVALHO
: CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MATTOS
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SERGIO AUGUSTO FREDERICO e outro

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL DESCABIDO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS QUE SE RECONHECE. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ADEQUAÇÃO. PRECEDENTES. APELAÇÃO IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de abril de 2010.
Salette Nascimento
Desembargadora Federal

00100 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002083-90.2002.4.03.6113/SP
2002.61.13.002083-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : ISABEL CRISTINA RODRIGUES DE OLIVEIRA -ME
ADVOGADO : ADIRSON CAMARA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

CANCELAMENTO DO CNPJ - INDEPENDÊNCIA - INADMISSIBILIDADE DE EXIGÊNCIAS CONDICIONADORAS À SUA EFETIVAÇÃO : IMPERATIVO O DEVIDO PROCESSO LEGAL - PRECEDENTES - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO EXIMIDOR.

1.O tema em tela, do condicionamento antes referido, claramente ofende o postulado magno do devido processo legal, pois a desfrutar o erário de caminhos próprios para a necessariamente autônoma via de exigência dos deveres de fazer, de não-fazer e de dar, pelo pólo contribuinte, inconfundíveis com um contexto completamente estranho, como o do feito em cena.

2.Sobre significar indesejável instabilidade a uma relação processual dotada de objeto próprio, preciso, também se afigura afrontosa ao enfocado devido processo legal a postura fazendária da restrição em tela.

3.A Corte Maior da Nação, por meio das Súmulas 70, 323 e 547, assim vaticina ao longo dos tempos.

4.O particular comprovou o encerramento de suas atividades comerciais, tanto junto ao Município, quanto junto ao Estado-Membro.

5.Provimento à apelação, reformada a r. sentença, para a concessão da segurança, ausente reflexo sucumbencial, face à via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00101 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004461-98.2002.4.03.6119/SP
2002.61.19.004461-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : IND/ E COM/ DE PLASTICOS MAJESTIC LTDA
ADVOGADO : PATRICIA SAITO e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO DE IPI NO PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA LEI Nº 9.779/99. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O E. Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no tocante à ausência de direito do contribuinte ao creditamento de IPI incidente quando da aquisição de insumos posteriormente empregados na industrialização de produtos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero no período anterior ao advento da Lei nº 9.779/99. Precedentes do STF (Recursos Extraordinários nºs. 460.785/RS, 562.980/SC e 475.551/PR).
2. Remessa oficial e apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00102 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001319-80.2002.4.03.6121/SP
2002.61.21.001319-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : DROGARIA CASA NOVA DE TAUBATE LTDA
ADVOGADO : MARTIM ANTONIO SALES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REINCLUSÃO AO REFIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. É incabível a reinclusão no REFIS, uma vez que se obedeceu aos regras constantes em lei, no que se refere à alteração da forma de pagamento do parcelamento.
2. Apelação provida para afastar a extinção do feito sem resolução do mérito e julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para afastar a extinção do feito sem resolução do mérito e julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00103 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0058502-24.1992.4.03.6100/SP

2003.03.99.009176-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SODEXHO SERVICOS S/C LTDA e outros
: ATB S/A ARTEFATOS TECNICOS DE BORRACHA
: SODEXHO DO BRASIL COML/ LTDA
ADVOGADO : GLAUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO e outro
: PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
PARTE AUTORA : SPREAD DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA
: SPREAD COMMODITIES MERCANTIL E CORRETORA DE MERCADORIAS
: LTDA
No. ORIG. : 92.00.58502-7 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. IRPJ. CSL. ILL. UFIR. RECOMPOSIÇÃO DO VALOR DA MOEDA. LEI 8.383/91. AÇÃO PRINCIPAL JULGADA IMPROCEDENTE. CAUTELAR NO MESMO SENTIDO. HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA FORMULADA POR ALGUMAS AUTORAS. LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. CONVERSÃO EM RENDA AFASTADA.

1. O processo cautelar caracteriza-se pelo seu caráter instrumental, servindo de garantia processual, de forma a preservar o bem da vida até a solução definitiva do litígio, exigindo para a sua procedência a presença de dois requisitos suficientemente conhecidos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.
2. Sentença de improcedência mantida no feito principal. A cautelar deve seguir a sorte da principal.
3. Pedido de desistência formulado por algumas das autoras. Pertinente a determinação para levantamento dos valores depositados em juízo. Afastada a conversão em renda do respectivo montante. Precedente desta Corte (AC 97.03.016493-5, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, DJU 3/3/2008, p. 247).
4. Apelações da União Federal e da parte autora improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00104 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0065973-91.1992.4.03.6100/SP

2003.03.99.009177-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SODEXHO SERVICOS S/C LTDA e outros
: ATB S/A ARTEFATOS TECNICOS DE BORRACHA
: SODEXHO DO BRASIL COML/ LTDA
ADVOGADO : GLAUCIA MARIA LAULETTA FRASCINO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 92.00.65973-0 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSL. ILL. UFIR. RECOMPOSIÇÃO DO VALOR DA MOEDA. LEI 8.383/91. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A Jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já firmou entendimento no sentido de que "a atualização monetária do débito antes do vencimento do prazo para pagamento mediante a sua conversão em UFIR, consoante previsto pelos arts. 52, I, "c", e 53, I, § 2º, da Lei 8.383/91, tem o objetivo, tão somente, de recomposição do valor real da moeda corroído pela inflação, não representando, portanto, majoração de carga tributária, nem ofendendo o princípio da não-cumulatividade".

2. O Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL também decidiu pela "legitimidade da utilização da UFIR, prevista na Lei nº 8.383/91, para atualização monetária do imposto de renda, por não representar majoração de tributo ou modificação da base de cálculo e do fato gerador" (AI - 349382 AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA).
3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00105 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024698-22.2003.4.03.9999/SP

2003.03.99.024698-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : RONEY AZENHA CORDENONSI
ADVOGADO : SANDRA CRISTINA ZERBETTO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
INTERESSADO : NEYNAR IND/ E COM/ DE TECIDOS LTDA
No. ORIG. : 78.00.00197-7 A Vr AMERICANA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO LIMINAR. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CITAÇÃO POR EDITAL. NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. EXIGÊNCIA NÃO ATENDIA NA ESPÉCIE. SÚMULA 196 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO EMBARGANTE.

1. O juiz de primeiro grau rejeitou liminarmente os embargos à execução fiscal em razão da intempestividade.
2. Todavia, o embargante foi citado por edital, daí decorrendo a necessidade de nomeação de curador especial, providência não atendida na espécie e que acarreta a nulidade da decisão.
3. A Súmula 196 do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA consolidou o entendimento de necessidade de nomeação de curador especial a executado citado por edital ("Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos").
4. Não sendo observada tal exigência, não se há de falar em intempestividade dos Embargos apresentados pelo executado que, citado por edital e sem indicação de curador especial, ingressa voluntariamente na lide.
5. Anulação da sentença para regular prosseguimento dos Embargos.
6. Apelação da parte embargante provida. Prejudicado o apelo da União Federal.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00106 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024699-07.2003.4.03.9999/SP

2003.03.99.024699-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : ROVIGLIO ANTONIO CORDENONSSI
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO ZERBETTO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

INTERESSADO : NEYNAR IND/ E COM/ DE TECIDOS LTDA

No. ORIG. : 78.00.00197-7 A Vr AMERICANA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO LIMINAR. INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CITAÇÃO POR EDITAL. NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. EXIGÊNCIA NÃO ATENDIA NA ESPÉCIE. SÚMULA 196 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO EMBARGANTE.

1. O juiz de primeiro grau rejeitou liminarmente os embargos à execução fiscal em razão da intempestividade.
2. Todavia, o embargante foi citado por edital, daí decorrendo a necessidade de nomeação de curador especial, providência não atendida na espécie e que acarreta a nulidade da decisão.
3. A Súmula 196 do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA consolidou o entendimento de necessidade de nomeação de curador especial a executado citado por edital ("Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos").
4. Não sendo observada tal exigência, não se há de falar em intempestividade dos Embargos apresentados pelo executado que, citado por edital e sem indicação de curador especial, ingressa voluntariamente na lide.
5. Anulação da sentença para regular prosseguimento dos Embargos.
6. Apelação da parte embargante provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00107 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009488-85.2003.4.03.6100/SP

2003.61.00.009488-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : COOPERATIVA DE TRABALHOS MULTIPLOS COOPERMULTIPLIC

ADVOGADO : CÍNTIA MARIA DANTAS

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. COOPERATIVA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE ATOS COOPERATIVOS PRÓPRIOS. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A COFINS não incide sobre o resultado advindo da prática de atos cooperativos próprios. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RESP 911778, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 24/4/2008).
2. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00108 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034721-84.2003.4.03.6100/SP

2003.61.00.034721-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO

APELANTE : WHITENESS CONSULTORIA E SERVICOS LTDA

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO MANCUSI

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO: AUSENTE PROVA DA ALEGADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE REFERENTE A TODOS OS DÉBITOS - INADEQUAÇÃO AOS ARTS. 205 E 206, AMBOS DO CTN - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Assentado no Texto Constitucional o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.
2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.
3. A concessão de certidão de débito, positiva com efeito de negativa, nos termos do artigo 206, C.T.N., sujeita-se à comprovação de que os débitos envolvidos estejam com sua exigibilidade suspensa e ou garantidos por penhora em execução.
4. A apelante não logrou êxito em provar a inexistência de débitos para com o Fisco, tampouco a alegada suspensão da exigibilidade em relação a todos os débitos existentes, pois, conforme consta das informações prestadas pela Autoridade impetrada, restou demonstrada a existência de débitos, ausente comprovação de sua quitação ou da suspensão da exigibilidade dos mesmos.
5. É explícito o conjunto de débitos elencados através das antes referidas fls. 200/206, estampando dívidas em aberto, a em nada guardarem pertinência com a sustentada (pela apelante) ausência de débitos ou suspensão da exigibilidade invocada pelo contribuinte/recorrente.
6. Considerando-se ser ônus probatório da impetrante/apelante conduzir ao centro dos autos elementos hábeis a demonstrar se enquadrem todos os débitos em tela ao previsto pelo art. 205, CTN, viabilizando ou não, então, mediante sua apreciação, concessão da requerida certidão, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do direito positivo Pátrio, de rigor se revela a denegação da segurança buscada, por não provado, em sua inteireza, o direito que alega ser titular a autora.
7. Por não comprovada a ausência de débitos nem tampouco a ocorrência, em relação a todos os débitos, de qualquer causa suspensiva da exigibilidade dos créditos tributários, avulta imperativa a denegação da segurança deduzida, mantendo-se a r. sentença lavrada nos autos.
8. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00109 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035649-35.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.035649-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : PLANAVE AVIACAO LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE PIRES MARTINS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. MULTA LIMITADA AO PATAMAR DE 2%. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS.

1. A Jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é pacífica no sentido de que não se aplica o benefício da exclusão da multa em caso de parcelamento. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 925508/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 30/06/2010).
2. A multa aplicada ao débito está adequadamente estabelecida em lei e o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável às relações jurídicas tributárias.
3. A Taxa SELIC é indexador idôneo para a atualização de dívida tributária, segundo entendimento jurisprudencial pacífico.
4. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00110 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0035657-12.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.035657-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : PLANAVE AVIACAO LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE PIRES MARTINS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - DENÚNCIA ESPONTÂNEA, ARTIGO 138, CTN, PARTE DOS RECOLHIMENTOS EFETIVAMENTE ANTECIPADOS DO PRINCIPAL E DOS JUROS, A ALIJAR AMBICIONADA MULTA - ARTIGO 138, CTN, A NÃO ESTABELECEER DISTINÇÃO ENTRE A MULTA MORATÓRIA E A PUNITIVA, LOGO AMBAS EXCLUÍDAS - DECADÊNCIA DECENAL INCONSUMADA/TESE DOS "CINCO-MAIS-CINCO" - PARCIAL PROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1-Descendo-se à análise dos desejados efeitos excludentes da responsabilidade infracional nos moldes do artigo 138 CTN, superiormente se deve destacar coerentemente sufraga a Egrégia Terceira Turma, desta C. Corte, entendimento, segundo o qual imperativo se faz o integral pagamento do tributo envolvido para o fim de se evitar a incidência de penalidade pecuniária ou multa. Precedente.

2-Incontroverso não tenha o pólo contribuinte pago a exação perante a Administração, em sua totalidade, pois, das guias carreadas ao feito, cristalinamente se extrai que, em apenas alguns casos, houve o pagamento do principal, acrescidos dos juros e da multa. Precedentes.

3-Afastado o pleito contribuinte em relação aos pagamentos efetuados em descompasso com o artigo 138, CTN - recolhimento do principal acrescido de seus consectários legais, no caso em voga ausente incidência de juros/correção monetária.

4-Sem sucesso ao Erário querer distinguir, para efeitos de exclusão, a natureza "moratória" ou "punitiva" da multa, ao passo que aquela, sob sua óptica, seria devida, o que a não guardar relação com a espécie, pois exatamente não realizada qualquer prévia/capital formalização fazendária - por tal motivo é que se afasta, também, alegação de que não seria aplicável a denúncia espontânea para os tributos sujeitos a lançamento por homologação - ao crédito em questão, que, portanto, em antecipação contribuinte recolhido sob benefício do comando em guerra, como escancarado, do mesmo modo a não distinguir o enfocado artigo 138, CTN, esta ou aquela natureza de multa, que a dever ser extirpada. Precedentes.

5-No tocante à prescrição, incumbe sejam traçadas distinções com a decadência.

6-A teor do quanto consagrado pela doutrina civilista Pátria, a prescrição é instituto que atinge a ação e, por via indireta, faz desaparecer o direito por ela tutelado, enquanto a decadência atinge diretamente o direito e, por via indireta, reflexa, extingue a ação. Na decadência, o direito se outorga para ser exercido dentro em certo prazo, decorrido o qual, acaso não exercido, extingue-se, enquanto a prescrição pressupõe a inércia do titular, o qual não se utiliza da ação existente para defesa de seu direito, no prazo legal fixado.

7-Não se está diante de um prazo para deduzir-se ação em defesa de um direito afetado, mas, sim, originariamente, perante um lapso temporal para o exercício de compensação diante da Administração.

8-Em sede de decadência compensatória - esta a genuína natureza do prazo a tanto, a envolver direito potestativo em face do estado de sujeição estatal a respeito, límpida a redação do *caput* do art. 168, CTN - embora em todos estes anos este Juiz convocado, ora Relator, tenha (como persiste em convencimento) firmado entendimento por seu cunho quinquenal e único, o pragmatismo aqui deve vicejar.

9-Corroborando os tais únicos 5 anos a própria Lei Complementar (LC) 118/5, por seu art. 3º, têm todavia a Primeira e a Segunda C. Turma do E. STJ, na unanimidade de seus dez Ministros, seguido o entendimento dos dez anos a respeito, para todas as repetições postuladas até antes do advento da citada LC. Precedente.

10-Ali ressalvando unicamente o Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki entendimento pessoal contrário, todavia sem deixar de seguir aos demais, tal consagração pretoriana denota inconsumados os 10 anos em pauta, pois, consoante fls. 02, postulada a compensação perante o Judiciário, diretamente, em dezembro/2003, relativamente a tributo pago inicialmente em maio/1996 (guia com vencimento em 15/03/1996, salientando-se que a compensação da multa se dará somente em relação aos pagamentos integrais, abrangidos pela denúncia espontânea, conforme antes firmado), atendido

restou o aqui enfocado prazo decenal (tese consagrada como a dos "cinco-mais-cinco" , para tributos cujo pagamento a se sujeitar a ulterior homologação, como na espécie).

11-Acerta o técnico consenso em inadmitir-se dupla contagem sobre o mesmo lapso de tempo, dessa forma inconcebendo-se falar-se em "prescrição" (não se está, evidentemente, no caso vertente, diante daquela figura estampada no art. 169, CTN, cenário no qual a um insucesso administrativo se seguiria um debate judicial), possibilitando-se a compensação da multa com relação às competências aqui reconhecidas pagas integralmente, assim abrangidas pela denúncia espontânea.

12-De se afastar a afirmação segundo a qual não seriam as guias carreadas pela parte demandante originais, inexistindo prova inequívoca do recolhimento, tendo-se em vista tratar-se de cópias autenticadas, o que suficiente.

13-Em sede compensatória, em tendo a parte demandante se sujeitado ao recolhimento da exação acimada de ilegitimidade em sua cobrança, dentro do período de autorização legal repetitória, daí decorre o seu direito de compensação : sobre o tributo de mesma espécie e destinação constitucional (evidentemente esta quando assim fixada), para todos os indébitos incorridos antes do advento do art. 74 da Lei 9.430/96; sobre tributos da mesma espécie, para os posteriores ao império de dito diploma, como o caso vertente.

14-Quanto aos acréscimos (correção monetária e juros), a incidirem apenas sobre a diferença a ser compensada, esta deve ser fixada nos termos do Provimento 24/97, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da Terceira Região, até dezembro de 1995, após então pela taxa Selic.

15-Sufraga a C. Terceira Turma, desta E. Corte, pacífico entendimento no sentido da atualização monetária que mais se aproxime da desvalorização que o dinheiro experimenta, com o decurso inflacionário do tempo.

16-Afigura-se coerente venha dado valor, originariamente identificado, a corresponder, quando do sentenciamento da ação, anos posteriores, a cifra maior, decorrência - límpida e lícita, em sua superioridade em si - da incidência dos acréscimos ou acessórios previstos pelo ordenamento jurídico.

17-Escorreita a observância ao v. Provimento 24/97, pois acertada. Precedentes.

18-Parcial provimento à apelação e à remessa oficial, reformando-se em parte a r. sentença, conforme aqui antes fixado, julgando-se parcialmente procedente o pedido, sujeitando-se a parte contribuinte ao pagamento de honorários de 10% sobre o débito remanescente, em prol da União, por outro lado de rigor a sujeição da União a honorários advocatícios de 10% sobre o quanto aqui excluído, a título de multa, ante a ocorrência de denúncia espontânea, em favor do pólo demandante, ambos os honorários com atualização monetária do ajuizamento até seu efetivo desembolso, consoante art. 20, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00111 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037080-07.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.037080-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : FICOSA DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : LUIZ ANDRE NUNES DE OLIVEIRA
: HUMBERTO ANTONIO LODOVICO

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA - PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS SEM O CONDÃO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBUTÁRIO - INADEQUAÇÃO AOS ARTS. 151 E 206, CTN - PROVIMENTO AO APELO E À REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA -DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Assentado no Texto Constitucional o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.

2. Prescreve cuidar de certidões positiva com efeitos de negativa o art. 206 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a existência de débitos que estejam com sua exigibilidade suspensa, perante o Estado.

3. Verifica-se em verdade invoca a parte apelada pedido de compensação de débitos tributários.
4. Em nenhum dos comandos do art. 151, CTN, insere-se o tão-só pedido de compensação de débitos como suficiente para se considerar suspensa a exigibilidade de dado crédito tributário.
5. Límpida a redação do art. 170-A, CTN, a reconhecer que, consistindo a compensação em encontro de contas, exige, desde a original redação do próprio art. 170, do mesmo Codex, certeza dos créditos envolvidos, o que não guarda compatibilidade com a postulação administrativa em voga.
6. De rigor a reforma da r. sentença lavrada, a partir desta data, para denegação da segurança buscada, já que, tecnicamente, desamparada a parte inicialmente autora.
7. Provimento ao apelo e à remessa oficial, tida por interposta. Denegação da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminentíssimo Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00112 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013534-14.2003.4.03.6102/SP
2003.61.02.013534-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CASE COML/ AGROINDUSTRIAL SERTAOZINHO LTDA
ADVOGADO : MARCIO MATURANO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO AFASTADA. MANDADO DE SEGURANÇA DE NATUREZA CONTINUATIVA.

1. O pedido deduzido no mandado de segurança tem natureza continuativa, que se renova dia-a-dia; nesse caso, não se há de falar em decadência do direito à impetração, em razão da permanência da situação tida como abusiva, devendo ser afastada a decadência.
2. Não é o caso de aplicação do disposto no artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil, considerando a arguição de outras questões não apreciadas pelo juiz de primeiro grau.
3. Apelação provida para afastar a alegação de decadência e determinar o retorno do feito à origem para apreciação dos demais temas ventilados na ação mandamental.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00113 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CIVEL Nº 0000559-48.2003.4.03.6105/SP
2003.61.05.000559-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : RICARDO BENETTON MARTINS
ADVOGADO : MARIA LUCIA BRESSANE CRUZ e outro

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES (STJ: Resp nº 587503, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 27.11.2006; TRF3: AC nº 2005.61.00.029433-0, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, DJU 09.04.2008; AC 200161020016365-SP, Rel. Des. Federal MAIRAN MAIA, DJU DATA:11/03/2005 PÁGINA: 326; AC 200461000206101-SP, Rel. Des. Federal LAZARANO NETO, DJU DATA:07/04/2008 PÁGINA: 430). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de julho de 2010.

Salette Nascimento

Desembargadora Federal

00114 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014552-61.2003.4.03.6105/SP
2003.61.05.014552-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CORREIAS MERCURIO S/A IND/ E COM/
ADVOGADO : ALAURI CELSO DA SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRECEDENTE DESTA CORTE.

1. A 6ª. Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª. já pacificou entendimento no sentido de que "a cobrança de multa administrativa decorrente de infração à legislação trabalhista rege-se pelo disposto no Decreto n.º 20.910/32, que prevê o prazo prescricional quinquenal, conforme já decidiu esta C. Sexta Turma" (AC n.º 200603990033752).
2. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00115 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003754-32.2003.4.03.6108/SP
2003.61.08.003754-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : MAP SERVICOS MEDICOS RADIOLOGICOS S/C LTDA
ADVOGADO : FERNANDA CABELLO DA SILVA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELATIVOS À PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO. LC Nº 70/91. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. LEIS NºS. 9.430/96 E 9.718/98. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O E. Supremo Tribunal Federal assentou entendimento sobre a constitucionalidade da revogação, por meio da Lei 9.430/96, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais,

bem como afastou o pedido de modulação dos efeitos da decisão. (AI 523.223 AgR-ED, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2/9/2010).

2. A Lei nº 9.718/98 apenas manteve a tributação da COFINS sobre as sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada, cuja isenção já havia sido validamente revogada pela Lei nº 9.430/96.

3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00116 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007719-61.2003.4.03.6126/SP
2003.61.26.007719-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MIGUEL PITARCH PIPIN
ADVOGADO : PEDRO VIANNA DO REGO BARROS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSJ>SP

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - TRIBUTÁRIO - ARROLAMENTO LEI 9.532/97, ARTIGO 64 - LICITUDE DA PROVIDÊNCIA - DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA A NÃO OBSTAR O PROCEDIMENTO - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1- Consagra-se o arrolamento, nos termos da Lei 9.532/97, como uma medida administrativa de controle fazendário sobre o acervo do pólo contribuinte, cristalino que sua realização a não reunir o condão de indisponibilizar a coisa, mas sim de proporcionar ao Poder Público seja cientificado das mudanças patrimoniais ocorridas no acervo do pólo contribuinte em questão, consoante § 3º, do artigo 64, daquele Diploma.

2- A medida atacada traduz controle formal estatal a em nada ensejar lesão seja ao valor do devido processo legal, como ao da ampla defesa e do contraditório, incisos LIV e LV do art. 5º Texto Supremo, pois em si, por sua conformação estrutural, reitere-se, a não deflagrar qualquer procedimento fazendário, sobre a parte contribuinte.

3- Sem ranço o tema em face do (amiúde) propalado art. 198 do CTN, já em sua premissa sem consistência, pois este preceito voltado ao sigilo, ao segredo das investigações fazendárias, enquanto públicos evidentemente os assentos atinentes ao acervo da parte contribuinte, por imposição de lei mesmo, logo pecando referida angulação, por patente. Precedentes.

4- Diferentemente da medida cautelar fiscal, que a prever a indisponibilidade dos bens do contribuinte, artigo 4º, Lei 8.397/92, o arrolamento não torna o patrimônio do particular indisponível, podendo gozar plenamente das nuances inerentes à propriedade, inclusive permitida a alienação de bens, como a elucidar o § 3º do artigo 64, Lei 9.532/97.

5- Inexistindo ofensa à ampla defesa e ao direito de propriedade, não se há de se falar na necessidade de "constituição definitiva" do crédito, para fins de deflagração do arrolamento previsto na Lei 9.532, vez que distintos os cenários entre um procedimento que torna indisponível determinado bem, sem antes haver certeza sobre a efetiva existência do débito, e aquele que, tão-somente, a implementar um controle formal sobre o patrimônio do contribuinte inadimplente com o Fisco, destacando-se a oportunidade de discussão em seara administrativa, como ocorre no caso em voga. Precedentes.

6- Provimento à apelação e à remessa oficial, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência ao pedido, sujeitando-se a parte contribuinte ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R\$ 25.000,00 (valor dado à causa de R\$ 468.500,00, fls. 761), com atualização monetária desde o ajuizamento até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00117 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016656-95.1990.4.03.6100/SP
2004.03.99.015409-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ENNIO IALONGO
ADVOGADO : JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE
No. ORIG. : 90.00.16656-0 14 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. POSSIBILIDADE. SENTENÇA ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

1. A correção monetária não constitui pena ou acréscimo real do valor do débito, mas sim mera atualização, preservação, no tempo, do valor nominal da dívida, como colorário de Justiça material.
2. Na ausência de especificação dos critérios de correção monetária no título executivo, a inserção dos índices expurgados não configurará situação ensejadora de excesso de execução ou, ainda, de decisão ultra petita.
3. Não há qualquer reparo a ser efetuado, em decorrência de ser o Provimento nº 24/97 editado pela Corregedoria Geral de Justiça da 3ª Região inteiramente aplicável ao caso em tela.
4. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00118 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0020908-10.1991.4.03.6100/SP
2004.03.99.016330-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : CELITE S/A IND/ E COM/
ADVOGADO : JOSE ROBERTO PIMENTEL DE MELLO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 91.00.20908-2 8 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. DEDUÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. POSSIBILIDADE SOMENTE APÓS O ADVENTO DA LEI N. 8.383/91. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça assentou que a dedução de prejuízos fiscais da base de cálculo da CSL somente é possível após o advento da Lei nº 8.83/91 (RESP 936587, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE 29/10/2009).
2. Remessa oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00119 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0050384-49.1998.4.03.6100/SP
2004.03.99.026507-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : IND/ AGRO QUIMICA BRAIDO S/A
ADVOGADO : MONICA CILENE ANASTACIO
No. ORIG. : 98.00.50384-6 2 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. VEDAÇÃO. LEI Nº 9.249/95. PRECEDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

1. Essa Egrégia Corte, em consonância com a orientação jurisprudencial do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, já entendeu ser inadmissível a correção monetária de balanço quando existente vedação legal expressa a desautorizar tal prática (AMS 184052, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, DJU 1/10/2007, p. 280).
2. Remessa oficial, tida por ocorrida, e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00120 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0012160-76.1997.4.03.6100/SP
2004.03.99.037456-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : AMERICAN EXPRESS S/A TEMPO E CIA
ADVOGADO : SERGIO FARINA FILHO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 97.00.12160-7 26 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. IRPJ. LEI 9.430/96. ARTIGO 88. APLICAÇÃO A PARTIR DO ANO DE 1997.

1. A norma prevista no artigo 88 da Lei n. 9.430/96, não obstante benéfica aos interesses da impetrante, não tem aplicabilidade no ano de 1.996, já que a própria lei fixou a data de início de sua vigência para 1.º de janeiro de 1.997.
2. Remessa Oficial e Apelação providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00121 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0607989-12.1997.4.03.6105/SP
2004.03.99.038975-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : CASP S/A IND/ E COM/
ADVOGADO : FABIO ESTEVES PEDRAZA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG. : 97.06.07989-0 7 Vr CAMPINAS/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. IMPUTAÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 21/1997. LEGALIDADE.

1. O sistema de imputação do parcelamento, prevista no artigo 21, da Instrução Normativa SRF 21/1997 não padece de legalidade quando prevê que "a compensação de débito, objeto de parcelamento, será efetuada na ordem inversa do prazo de vencimento das prestações, a partir da última vincenda para a última vencida", vez que se mostra razoável que o pagamento, na modalidade especial de moratória, se faça na ordem crescente dos prazos de prescrição, ex vi do artigo 163, III, do CTN.

2. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00122 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0036803-98.1997.4.03.6100/SP
2004.03.99.039764-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MARCELO RIBEIRO NANINI
ADVOGADO : LUIS ROBERTO BUELONI S FERREIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 97.00.36803-3 1 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. ARTIGOS 128 E 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. VERBA RELATIVA À INDENIZAÇÃO ESPECIAL RECEBIDA POR OCASIÃO DA RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE VINCULAÇÃO A PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA (PDV). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Os artigos 128 e 460 do CPC fornecem o norte ao julgador, que deverá se ater aos limites do pedido deduzido na demanda. Desse modo, a sentença deve ser reformada nesse ponto para que fique adstrita aos termos da postulação formulada nos autos.

2. As verbas pagas por mera liberalidade do empregador - aquelas desvinculadas de qualquer imposição normativa prévia - atraem a incidência do imposto de renda. Escapam a tal enquadramento as parcelas pagas no âmbito de programas de demissão voluntária ou acordos coletivos, hipóteses em que, aí sim, apresentam natureza indenizatória e, portanto, restam insubmissas à tributação pelo imposto de renda. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.102.575/MG e 1.112.745/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 1º/10/09).

3. No caso dos autos, embora o autor afirme tratar-se de verba decorrente de plano de demissão voluntária, não faz prova dessa alegação, eis que o recibo de pagamento da respectiva verba faz apenas constar "referente a compensação adicional por rescisão imotivada de contrato de trabalho", indicando tratar-se de mera liberalidade do empregador, atraindo, portanto, a incidência do imposto combatido, já que não demonstrada a integração/vinculação da referida verba ao mencionado PDV.

4. Remessa oficial e apelação da União Federal providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00123 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000846-89.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.000846-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : TELENEW COOPERATIVA DE TRABALHO EM SERVICOS AUTONOMOS DOS
PROFISSIONAIS EM TELECOMUNICACOES
ADVOGADO : LUÍS FLÁVIO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 25 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO - PIS, COFINS E CSLL - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA E RETENÇÃO NA FONTE, LEI 10.833/2003, ARTIGOS 30 E 31 - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

1- Incumbe destacar-se, até como pressuposto para a compreensão da atividade estatal tributante no País, que se afigura inadmissível se deseje elevar qualquer previsão, encartada no artigo 146, CF (aí incluída, por conseguinte, a concernente à alínea "c", de seu inciso III), a óbice ou entrave ao exercício do poder de tributar.

2- Tendo fundamento na soberania do Estado o ora enfocado poder de tributar, de que gozam os quatro entes federados, rege-se o seu exercício, inquestionavelmente, no âmbito competencial fincado pelo constituinte, originário e derivado, por balizas afirmativas - equivalentes aos princípios ou dogmas tributários - e por vetores proibitivos, traduzidos na figura das imunidades tributárias, ambos os segmentos contidos dentro do gênero das "limitações ao poder de tributar", consoante rubrica que inaugura o próprio artigo 150, CF.

3- Pretende a parte contribuinte, em plano de pedido principal, o não-recolhimento das contribuições sociais em foco, sob o fundamento de ser cooperativa e não auferir lucro.

4- Incumbe destacar-se que se insurge a ora impetrante contra o recolhimento do PIS, da COFINS e da CSLL, por desejar ver reconhecido que, de tão especial sua atividade (sociedade cooperativa de trabalho), não se sujeitaria à cobrança daqueles tributos, tecnicamente sob a afirmação, segundo se extrai, de uma ausência de previsão legal específica a respeito, portanto em função de uma sustentada "não-incidência tributária" (ao contrário, a afirmar o sistema a exime a respeito).

5- Para o desejado êxito de retratado raciocínio, todavia, desconsidera a parte contribuinte, no natural afã de defesa de seus interesses, elementar característica do poder tributante, presente no sistema : sob o plano da reserva legal ou da estrita legalidade, instituidora ou majoradora de tributos (artigo 150, inciso I, e parágrafo 2º do art. 62, CF, assim como art. 2º da E.C. 32/2001), constrói o legislador, com a liberdade e segundo as diretrizes constitucionalmente fincadas, o todo da regra-matriz de incidência tributante, para cada exação, a conter, em descrição precisa, no âmbito do "dever-ser", todos os seus critérios ou elementos. A afirmativa de que não lhe caberia sujeição tributante, por aquela exação, por força de que lhe foi reconhecido tratamento distinguido, inclusive a não a conduzir a lucro, não se sustenta em prol da insurgente/impetrante.

6- Se descrevem os ordenamentos pertinentes que a CSL incide sobre o valor do resultado do exercício (art. 2º, Lei n.º 7.689/88), da pessoa jurídica, sendo irrelevantes a atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas, bem assim inexistindo qualquer vedação legal à incidência de retratados tributos sobre as cooperativas, como a parte contribuinte, patente que o tema a ser então de efetiva incidência da norma sobre todo o universo de contribuintes, fora do qual não se situa, por conseguinte, a figura da aqui impetrante.

7- Não escapa a parte impetrante ao império da incidência das contribuições em pauta exatamente porque, imprevista - às expressas e elementarmente, artigo 97, inciso VI, CTN - qualquer exclusão detidamente sobre si, como cooperativa, resta por se sujeitar ao seu recolhimento, como assim se encontram as demais pessoas jurídicas, bem assim descabendo falar-se, via de consequência, na propalada não-incidência ou até na aqui analisada analogia : oposto, é explícita sua inserção no elenco dos sujeitos passivos.

8- Às expressas veio a se dedicar ao tema o *caput* do art. 39, Lei 10.865/04 (força eficaz a partir de 2005, seu artigo 40), de 30/04/2004 - ajuizamento aqui em 14/01/2004 - a cuidar das cooperativas como sujeito passivo da contribuição guerreada, a partir de então as insentando.

9- Estando em tela/debate período pretérito, pacificado o cunho pró-ativo das regras tributárias, patente que sem amparo no ordenamento o intento em causa.

10- Com relação à amiúde afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guereada, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.

11- Nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 121, do mesmo Estatuto, o responsável traduz a figura de um terceiro que, portanto, em nada tendo a ver com a pessoa ou condição de contribuinte (sujeito passivo direto), assumo o ônus de recolher por força de lei. Logo, são requisitos estruturais, para a concepção do responsável tributário, traduza-se o mesmo em terceiro, consequentemente que não participou da relação material praticando o fato tributário (até porque, caso assim o fosse, obviamente, tratar-se-ia de contribuinte), bem assim que seja situado no pólo passivo por determinação de lei.

12- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : deveras, sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.

13- Nexo mínimo sempre deve existir entre os eventos que envolvem o terceiro e o contribuinte, como aliás se dá no próprio caso da impetrante, que está a reclamar nos autos precisamente porque a lei manda retenha, o seu contratante, a título dos tributos enfocados na inicial, parcela dos valores que lhe serão pagos.

14- Existe um liame contratual entre a aqui impetrante-contratada e a fonte contratadora que procederá à retenção *ex vi legis* : isso em nada significa, insista-se, deva o terceiro, em qualquer situação, para assim ser eleito pela lei, estar a praticar o mesmo fato que renderá ensejo à tributação.

15- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte.

16- Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150.

17- Com relação à (corrente) queixa de que não cria a Lei 10.833/03 mecanismo restitutivo de retenções promovidas a maior, tanto também não subsiste, pois límpida a redação do artigo 36, daquele diploma, e do artigo 5º, da IN 381, ambos a assegurarem, instrumentalmente, o direito de compensação em prol do interessado. Precedentes.

18- Improvimento à apelação contribuinte e provimento à apelação fazendária e à remessa oficial. Parcial reforma da r. sentença, para a denegação da segurança, ausente sujeição sucumbencial, ante a via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação contribuinte e dar provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminentíssimo Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00124 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006337-77.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.006337-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : LAVORCOOP COOPERATIVA DE PROFISSIONAIS AUTONOMOS DE
PROCESSAMENTO DE DADOS
ADVOGADO : SILVIO PUJOL GRACA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 23 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - SOCIEDADE COOPERATIVA - COFINS - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA E RETENÇÃO NA FONTE, LEI 10.833/2003, ARTIGO 30 - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

1- Incumbe destacar-se, até como pressuposto para a compreensão da atividade estatal tributante no País, que se afigura inadmissível se deseje elevar qualquer previsão, encartada no artigo 146, CF (aí incluída, por conseguinte, a concernente à alínea "c", de seu inciso III), a óbice ou entrave ao exercício do poder de tributar.

2- Tendo fundamento na soberania do Estado o ora enfocado poder de tributar, de que gozam os quatro entes federados, rege-se o seu exercício, inquestionavelmente, no âmbito competencial fincado pelo constituinte, originário e derivado, por balizas afirmativas - equivalentes aos princípios ou dogmas tributários - e por vetores proibitivos, traduzidos na figura das imunidades tributárias, ambos os segmentos contidos dentro do gênero das "limitações ao poder de tributar", consoante rubrica que inaugura o próprio artigo 150, CF.

- 3- Pretende a parte contribuinte, em plano de pedido principal, o não-recolhimento da contribuição social em foco (COFINS), sob o fundamento de ser cooperativa e não auferir lucro.
- 4- Insurge-se a ora impetrante contra o recolhimento da COFINS, por desejar ver reconhecido que, de tão especial sua atividade (sociedade cooperativa), não se sujeitaria à cobrança daqueles tributos, tecnicamente sob a afirmação, segundo se extrai, de uma ausência de previsão legal específica a respeito, portanto em função de uma sustentada "não-incidência tributária" (ao contrário, a afirmar o sistema a exime a respeito).
- 5- Para o desejado êxito de retratado raciocínio, todavia, desconsidera a parte contribuinte, no natural afã de defesa de seus interesses, elementar característica do poder tributante, presente no sistema : sob o plano da reserva legal ou da estrita legalidade, instituidora ou majoradora de tributos (artigo 150, inciso I, e parágrafo 2º do art. 62, CF, assim como art. 2º da E.C. 32/2001), constrói o legislador, com a liberdade e segundo as diretrizes constitucionalmente fincadas, o todo da regra-matriz de incidência tributante, para cada exação, a conter, em descrição precisa, no âmbito do "dever-ser", todos os seus critérios ou elementos.
- 6- A afirmativa de que não lhe caberia sujeição tributante, por aquela exação, por força de que lhe foi reconhecido tratamento distinguido, inclusive a não a conduzir a lucro, não se sustenta em prol da insurgente/impetrante.
- 7- Tem a amplitude do poder de tributar o grau que o legislador assim descreve, com o já destacado respeito aos ditames constitucionais, dentro do quê qualquer subtração à incidência também fica reservada, expressa e indiscutivelmente, ao próprio legislador.
- 8- Louva-se a parte contribuinte na idéia de que, como se cuidaria seu ato cooperado de algo incatalogável como dentro da abrangência do âmbito do resultado do exercício ou do lucro, bonificada se encontraria com a sustentada e raríssima figura da não-incidência, exatamente esta calcada na não-juridicização do fato pela norma.
- 9- Por nenhuma "*voluntas legem*" se revelar presente no ordenamento, no rumo da exclusão da parte impetrante ao influxo tributante também da COFINS, é que repousa a mesma - como todos os demais contribuintes, expressamente inalcançáveis por vedação constitucional (imunidade) ou legal (isenção) - a se sujeitar ao regular recolhimento de guerreadas exações.
- 10- No plano da estrita legalidade, não tendo o próprio legislador distinguido entre as diversas categorizações ou classificações contábeis, nem a respeito do tipo de atividade exercida pela pessoa jurídica, como antes analisado, qualquer excludente tributante a respeito notoriamente haveria (e sempre haverá, aliás) de decorrer de comando legal expresso, explícito, a reger o tema, até por imposição de exegese literal sobre o assunto, nos termos do inciso II, do artigo 111, CTN.
- 11- Não escapa a parte impetrante ao império da incidência da contribuição em pauta exatamente porque, imprevista - às expressas e elementarmente, artigo 97, inciso VI, CTN - qualquer exclusão detidamente sobre si, como cooperativa, resta por se sujeitar ao seu recolhimento, como assim se encontram as demais pessoas jurídicas, bem assim descabendo falar-se, via de consequência, na propalada não-incidência ou até na aqui analisada analogia : reitere-se e ao oposto, é explícita sua inserção no elenco dos sujeitos passivos.
- 12- Às expressas veio a se dedicar ao tema o *caput* do art. 39, Lei 10.865/04 (força eficaz a partir de 2005, seu artigo 40), de 30/04/2004 - ajuizamento aqui em 08/03/2004 - a cuidar das cooperativas como sujeito passivo da contribuição guerreada, a partir de então as insentando.
- 13- Estando em tela/debate período pretérito, pacificado o cunho pró-ativo das regras tributárias, patente que sem amparo no ordenamento o intento em causa.
- 14- Com relação à amiúde afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guerreada, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.
- 15- Nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 121, do mesmo Estatuto, o responsável traduz a figura de um terceiro que, portanto, em nada tendo a ver com a pessoa ou condição de contribuinte (sujeito passivo direto), assumo o ônus de recolher por força de lei.
- 16- São requisitos estruturais, para a concepção do responsável tributário, traduza-se o mesmo em terceiro, conseqüentemente que não participou da relação material praticando o fato tributário (até porque, caso assim o fosse, obviamente, tratar-se-ia de contribuinte), bem assim que seja situado no pólo passivo por determinação de lei.
- 17- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : deveras, sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.
- 18- Revela-se máxima a liberdade do legislador em identificar o responsável que, com maior eficiência, cumpra os misteres que lhe forem incumbidos, devendo ser salientado, no apontado artigo 128, o próprio tom facultativo, ali encerrado, de que a lei "pode" daquele modo se conduzir.
- 19- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte.
- 20- Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150.
- 21- Com relação à (corrente) queixa de que não cria a Lei 10.833/03 mecanismo restitutivo de retenções promovidas a maior, tanto também não subsiste, pois límpida a redação do artigo 36, daquele diploma, e do artigo 5º, da IN 381, ambos a assegurarem, instrumentalmente, o direito de compensação em prol do interessado. Precedentes.

22- Superada a (amiúde) invocação à Súmula 276, do E. STJ, a firmar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais com relação à COFINS, tendo-se em vista o seu cancelamento, na sessão de 12/11/2008.

23- Provimento à apelação e à remessa oficial. Reforma da r. sentença, a fim de se denegar a segurança, ausente sujeição sucumbencial, face à via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00125 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006418-26.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.006418-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : COOPERATIVA DE PRESTACAO DE SERVICOS DE PROFISSIONAIS
AUTONOMOS EM CONDOMINIOS DO EST SAO PAULO
ADVOGADO : WALDYR COLLOCA JUNIOR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

AÇÃO DECLARATÓRIA - SOCIEDADE COOPERATIVA - PIS - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA E RETENÇÃO NA FONTE, LEI 10.833/2003, ARTIGO 30 - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1- Afigura-se inadmissível se deseje elevar qualquer previsão, encartada no artigo 146, CF (aí incluída, por conseguinte, a concernente à alínea "c", de seu inciso III), a óbice ou entrave ao exercício do poder de tributar.

2- Pretende a parte contribuinte, em plano de pedido principal, o não-recolhimento da contribuição social em foco (PIS), sob o fundamento de ser cooperativa e não auferir lucro.

3- Insurge-se o ora autor contra o recolhimento do PIS, por desejar ver reconhecido que, de tão especial sua atividade (sociedade cooperativa), não se sujeitaria à cobrança daqueles tributos, tecnicamente sob a afirmação, segundo se extrai, de uma ausência de previsão legal específica a respeito, portanto em função de uma sustentada "não-incidência tributária" (ao contrário, a afirmar o sistema a exime a respeito).

4- Para o desejado êxito de retratado raciocínio, todavia, desconsidera a parte contribuinte, no natural afã de defesa de seus interesses, elementar característica do poder tributante, presente no sistema : sob o plano da reserva legal ou da estrita legalidade, instituidora ou majoradora de tributos (artigo 150, inciso I, e parágrafo 2º do art. 62, CF, assim como art. 2º da E.C. 32/2001), constrói o legislador, com a liberdade e segundo as diretrizes constitucionalmente fincadas, o todo da regra-matriz de incidência tributante, para cada exação, a conter, em descrição precisa, no âmbito do "dever-ser", todos os seus critérios ou elementos.

5- Por nenhuma "*voluntas legem*" se revelar presente no ordenamento, no rumo da exclusão da parte autora ao influxo tributante também do PIS, é que repousa a mesma - como todos os demais contribuintes, expressamente inalcançáveis por vedação constitucional (imunidade) ou legal (isenção) - a se sujeitar ao regular recolhimento de guarradas exações.

6- Não escapa a parte demandante ao império da incidência da contribuição em pauta exatamente porque, imprevista - às expressas e elementarmente, artigo 97, inciso VI, CTN - qualquer exclusão detidamente sobre si, como cooperativa, resta por se sujeitar ao seu recolhimento, como assim se encontram as demais pessoas jurídicas, bem assim descabendo falar-se, via de consequência, na propalada não-incidência ou até na aqui analisada analogia : é explícita sua inserção no elenco dos sujeitos passivos.

7- Bem ao contrário, às expressas veio a se dedicar ao tema o *caput* do art. 39, Lei 10.865/04 (força eficaz a partir de 2005, seu artigo 40), de 30/04/2004 - ajuizamento aqui em 08/03/2004 - a cuidar das cooperativas como sujeito passivo da contribuição guarrada, a partir de então as insentando.

8- Com relação à amiúde afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guarrada, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.

9- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.

10- Revela-se máxima a liberdade do legislador em identificar o responsável que, com maior eficiência, cumpra os misteres que lhe forem incumbidos, devendo ser salientado, no apontado artigo 128, o próprio tom facultativo, ali encerrado, de que a lei "pode" daquele modo se conduzir.

11- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte. Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150.

12- Com relação à (corrente) queixa de que não cria a Lei 10.833/03 mecanismo restitutivo de retenções promovidas a maior, tanto também não subsiste, pois límpida a redação do artigo 36, daquele diploma, e do artigo 5º, da IN 381, ambos a assegurarem, instrumentalmente, o direito de compensação em prol do interessado. Precedentes.

13- Superada a amiúde invocação à Súmula 276, do E. STJ, a firmar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais com relação à COFINS, tendo-se em vista o seu cancelamento, na sessão de 12/11/2008.

14- Provimento à apelação e à remessa oficial. Reforma da r. sentença. Improcedência ao pedido, invertendo-se a honorária sucumbencial, ora em prol da União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00126 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0019280-29.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.019280-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : INTERGRAFICA PRINT E PACK MAQUINAS IMPRESSORAS LTDA
ADVOGADO : JOANA PAULA GONÇALVES MENEZES BATISTA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 12 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CND - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO QUE A NÃO DESFRUTAR DA DESEJADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, AUSENTE CAPITAL ESTRITA LEGALIDADE A TANTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROVIDOS O APELO E A REMESSA OFICIAL.

1. Carece de amparo no sistema a intenção por emissão sequer de CPEND, como postulada.

2. Explícito o inciso III, do art. 151, CTN, em autorizar suspensão da exigibilidade nos termos da legislação específica a tanto, âmbito no qual não logra revelar a parte impetrante/apelada sobre onde a repousar comando expresso, capital, que, em sede de "revisão de débitos", tenha atribuído dita força ao debate contribuinte em torno do tema, por meio do invocado "pedido de revisão de débito".

3. Regida toda a temática em cena pela legalidade dos atos estatais, caput do art. 37, Lei Maior, bem assim pela estrita legalidade tributária, art. 97, CTN, não se amolda o conceito do fato, trazido a lume, ao da norma invocada em abrigo, pela parte impetrante.

4. De rigor se põe a reforma da r. sentença, doravante, para a denegação da ordem, provendo-se ao apelo e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminentíssimo Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00127 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0026051-23.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.026051-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : PREMIER AUTO TECH LTDA -ME
ADVOGADO : LUIS HENRIQUE DA SILVA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. OFICINAS MECÂNICAS DE REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE AUTOMÓVEIS. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO COM QUALQUER PROFISSÃO CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL. DIREITO À PERMANÊNCIA NO SIMPLES. LEIS 10.964/2004 E 11.051/2004. OPÇÃO COM EFEITO RETROATIVO RECONHECIDA PELO LEGISLADOR.

1. A atividade básica da autora não diz com serviços profissionais de engenharia e nem se relaciona à prestação de serviços ligados a profissão cujo exercício dependa de regulamentação legal, daí não se sujeitar ela à vedação contida no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.316/96.

2. Com a edição das Leis 10.964/2004 (art. 4º) e 11.051/2004 (§ 2º do art. 4º), restou assegurado às empresas que se dedicavam à manutenção e reparação de automóveis o direito à opção pelo SIMPLES, com efeitos retroativos à data de ingresso no sistema. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

3. Remessa Oficial e Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00128 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029430-69.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.029430-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ANRITSU ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : NEWTON ISSAMU KARIYA e outro

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - COMPROVADOS RECOLHIMENTOS AVENTADOS AUSENTES, NOS TERMOS DAS GUIAS AO FEITO COLIGIDAS - AUSENTES TRIBUTOS EM ABERTO - CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Assentado no Texto Constitucional o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.

2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.

3. Consoante decorre de toda a instrução colhida ao longo do feito e muito bem depreendida pelo E. Juízo prolator da sentença, a própria Administração reconhece a regularidade fiscal do impetrante, conforme se extrai do cotejo entre as quatro guias DARF de fls. 33/35, em relação aos quatro débitos apontados em aberto, fls. 61 do feito, inexistindo, assim, impedimento que justifique a recusa pela Impetrada em fornecer a requerida Certidão.

4. Também acertado não se tenha cuidado de tema atinente a Certidão da exclusiva alçada da Receita Federal, inoponível a maior ou menor organização interna da União, a respeito.

5. Revela-se manifesto o inteiro acerto da r. sentença proferida, ao assegurar o adequado rumo dado à liminar que, cumprida, tecnicamente veio a exaurir o objeto da demanda (afinal, o pedido de fls. 05 foi no sentido de obter-se "a" certidão, singularmente), o que ora também se ratifica.

6. Improvimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00129 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034948-40.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.034948-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : INTERBROK CORRETORES INTERNACIONAIS DE SEGUROS LTDA
ADVOGADO : OTONIEL DE MELO GUIMARAES e outro

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CND - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO QUE A NÃO DESFRUTAR DA DESEJADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, AUSENTE CAPITAL ESTRITA LEGALIDADE A TANTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROVIDO O APELO DA IMPETRADA.

1. Carece de amparo no sistema a intenção por emissão sequer de CPEND, como postulada.
2. Explícito o inciso III, do art. 151, CTN, em autorizar suspensão da exigibilidade nos termos da legislação específica a tanto, âmbito no qual não logra revelar a parte impetrante/apelada sobre onde a repousar comando expreso, capital, que, em sede de "revisão de débitos", tenha atribuído dita força ao debate contribuinte em torno do tema, por meio do invocado "pedido de revisão de débito".
3. Regida toda a temática em cena pela legalidade dos atos estatais, caput do art. 37, Lei Maior, bem assim pela estrita legalidade tributária, art. 97, CTN, não se amolda o conceito do fato, trazido a lume, ao da norma invocada em abrigo, pela parte impetrante.
4. De rigor se põe a reforma da r. sentença, para a denegação da ordem, nos termos da apelação, logo provendo-se ao apelo.
5. Provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminentíssimo Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00130 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035092-14.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.035092-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ALARM TEK ELETRONICA LTDA
ADVOGADO : PRISCILLA DE ALMADA NASCIMENTO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. AUSENTES TRIBUTOS EM ABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM. IMPROVIDOS APELO FAZENDÁRIO E REMESSA OFICIAL.

1. Presente interesse recursal à União, face a todo o processado, superada aventada preliminar.
2. O artigo 205, do CTN, assegura acesso à certidão negativa, tendo por premissa a ausência de débito.

3. Inexiste impedimento que justifique a recusa pela Impetrada em fornecer a requerida Certidão, de emissão pela Procuradoria da Fazenda Nacional, consoante decorre de toda a instrução colhida.
4. Apelo e Remessa oficial improvidos, concessão da segurança.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00131 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0035316-49.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.035316-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : FLEURY S/A
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 23 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO - A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO A RECONHECER ÚNICO O TEMA SOB JULGAMENTO RECURSAL EM TRÂMITE EM SUAS ENTRANHAS - CONCESSÃO DE RIGOR - IMPROVIDOS APELO E REMESSA.

1. No Texto Constitucional, o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas, como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.
2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.
3. A instrução colhida ao longo do feito e muito bem depreendida pelo E. Juízo prolator da sentença, a própria Administração informa o "óbice" consistiria em recurso de ofício em trâmite em suas próprias entranhas, fls. 60 e 151, inexistindo, assim, impedimento que justifique a recusa pela impetrada, em fornecer a requerida Certidão.
4. A consoar o contexto dos autos com o disposto pelos arts. 151 e 206, CTN.
5. Revela-se manifesto o inteiro acerto da r. sentença proferida, ao assegurar o adequado rumo dado à liminar que, cumprida, tecnicamente veio a exaurir o objeto da demanda, o que ora também se ratifica.
6. Apelo e remessa oficial improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00132 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011836-36.2004.4.03.6102/SP
2004.61.02.011836-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : INTERUNION COM/ INTERNACIONAL LTDA
ADVOGADO : JULIANA MARIA POLLONI DE BARROS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. CREDITO-PRÊMIO DE IPI. RESSARCIMENTO. VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO FISCAL ATÉ 4 DE OUTUBRO DE 1990. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECADÊNCIA DO DIREITO.

1. A Jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA consolidou entendimento no sentido de que o benefício denominado "crédito-prêmio IPI" vigorou até 4 de outubro de 1990 (AgRg no Ag 1274760, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 9/9/2010).
2. A impetrante só ingressou com o pedido judicial de reconhecimento desse direito em novembro de 2.004, submetendo-se, assim, aos efeitos da decadência do direito vindicado, vez que transcorridos mais de dez (10) anos do encerramento do benefício fiscal quando do protocolo do presente *mandamus*.
3. Apelação a que se nega provimento. Declaração *ex officio* da decadência do direito à reivindicação de crédito-prêmio.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00133 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000288-11.2004.4.03.6103/SP

2004.61.03.000288-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : MARIANA MILANEZ ARQUITETURA S/C LTDA
ADVOGADO : ISABELLA TIANO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PIS, COFINS E CSLL - LEGITIMIDADE DO REGRAMENTO ORIUNDO DA LEI 10.833/03, INCLUSIVE EM SUA PRÉVIA VEICULAÇÃO PELA MP 135/03 - DENEGACÃO DA SEGURANÇA.

- 1- O ordenamento advindo da Lei 10.833/03, decorrência da Medida Provisória - MP 135/03, nos ângulos atacados, não suporta a motivação contribuinte irredutível, em questão.
- 2- Cuidando-se de contribuição já consagrada/autorizada em sua edição pela original redação do Texto Supremo, arts. 195 e 239 - aqui para os que também litigam em torno do PIS, como na espécie - não se sustenta o desejado ataque ao comparativo ditame emanado do art. 246, Lei Maior, a disciplinar objetivamente figuras diversas, máxime por não ter a EC 20/98 "criado/inventado" qualquer novo tributo, na esfera aqui em discussão.
- 3- A edição de prévia MP, com sua posterior aprovação congressual/conversão em lei, atende ao primado da estrita legalidade tributária, inciso I, do art. 150, do Texto Supremo, exatamente como se deu através da Medida e Lei em tela.
- 4- Pacificado resta a se contar a temporal distância da anterioridade a partir da original edição da Medida Provisória, assim o vaticinando a v. Súmula 651, E. STF.
- 5- Ao afetar a guarnição tributação todo um uniforme colegiado contribuinte, como o em pauta, veemente a obediência ao dogma isonômico, inciso II daquele mesmo art. 150 e art. 195, § 9º, tanto quanto sem substrato de tomo a amiúde aventada incapacidade contributiva, § 1º, do art. 145, da mesma Carta Política, pois equânime/objetivamente sopesada a tributação em foco.
- 6- Sem sucesso a corrente desejada "imposição" de lei complementar, § 4º, art. 195, CR, pois contribuições as em tela já oriundas da original redação da Lei Maior, por seu mesmo art. 195 e por seu art. 239, aqui aos debates que também alcancem ao PIS.
- 7- Com relação à correntemente alegada violação à LC 95/98, art. 7º, ausente êxito a tanto, com clareza o intróito de combatida Lei 10.833/03 noticiando o que efetivou em sua base, modificação da legislação tributária, a qual, por seus múltiplos enfoques, comporta a gama de ditames ali positivados.
- 8- Com relação à amiúde afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guarnecida, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.
- 9- Nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 121, do mesmo Estatuto, o responsável traduz a figura de um terceiro que, portanto, em nada tendo a ver com a pessoa ou condição de contribuinte (sujeito passivo direto), assumo o ônus de recolher por força de lei.
- 10- São requisitos estruturais, para a concepção do responsável tributário, traduza-se o mesmo em terceiro, conseqüentemente que não participou da relação material praticando o fato tributário (até porque, caso assim o fosse, obviamente, tratar-se-ia de contribuinte), bem assim que seja situado no pólo passivo por determinação de lei.

11- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : deveras, sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.

12- Nexa mínimo sempre deve existir entre os eventos que envolvem o terceiro e o contribuinte, como aliás se dá no próprio caso da impetrante, que está a reclamar nos autos precisamente porque a lei manda retenha, o seu contratante, a título dos tributos enfocados na inicial, parcela dos valores que lhe serão pagos.

13- Dessume-se patente que existe um liame contratual entre a aqui impetrante-contratada e a fonte contratadora que procederá à retenção *ex vi legis* : isso em nada significa, insista-se, deva o terceiro, em qualquer situação, para assim ser eleito pela lei, estar a praticar o mesmo fato que renderá ensejo à tributação.

14- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte.

15- Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150. Precedentes.

16- Superada a invocação à Súmula 276, do E. STJ, a firmar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais com relação à COFINS, tendo-se em vista o seu cancelamento, na sessão de 12/11/2008.

17- Improvimento à apelação. Denegação da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00134 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000350-51.2004.4.03.6103/SP
2004.61.03.000350-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : BZ PROPAGANDA E MARKETING S/C LTDA
ADVOGADO : RODRIGO DO AMARAL FONSECA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PIS, COFINS E CSLL - LEGITIMIDADE DO REGRAMENTO ORIUNDO DA LEI 10.833/03, INCLUSIVE EM SUA PRÉVIA VEICULAÇÃO PELA MP 135/03 - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1- O ordenamento advindo da Lei 10.833/03, decorrência da Medida Provisória - MP 135/03, nos ângulos atacados, não suporta a motivação contribuinte irrisignadora, em questão.

2- Cuidando-se de contribuição já consagrada/autorizada em sua edição pela original redação do Texto Supremo, arts. 195 e 239 - aqui para os que também litigam em torno do PIS, como na espécie - não se sustenta o desejado ataque ao comparativo ditame emanado do art. 246, Lei Maior, a disciplinar objetivamente figuras diversas, máxime por não ter a EC 20/98 "criado/inventado" qualquer novo tributo, na esfera aqui em discussão.

3- A edição de prévia MP, com sua posterior aprovação congressual/conversão em lei, atende ao primado da estrita legalidade tributária, inciso I, do art. 150, do Texto Supremo, exatamente como se deu através da Medida e Lei em tela.

4- Pacificado resta a se contar a temporal distância da anterioridade a partir da original edição da Medida Provisória, assim o vaticinando a v. Súmula 651, E. STF.

5- Ao afetar a guerreada tributação todo um uniforme colegiado contribuinte, como o em pauta, veemente a obediência ao dogma isonômico, inciso II daquele mesmo art. 150 e art. 195, § 9º, tanto quanto sem substrato de tomo a amiúde aventada incapacidade contributiva, § 1º, do art. 145, da mesma Carta Política, pois equânime/objetivamente sopesada a tributação em foco.

6- Sem sucesso a corrente desejada "imposição" de lei complementar, § 4º, art. 195, CR, pois contribuições as em tela já oriundas da original redação da Lei Maior, por seu mesmo art. 195 e por seu art. 239, aqui aos debates que também alcancem ao PIS.

7- Com relação à correntemente alegada violação à LC 95/98, art. 7º, ausente êxito a tanto, com clareza o intróito de combatida Lei 10.833/03 noticiando o que efetivou em sua base, modificação da legislação tributária, a qual, por seus múltiplos enfoques, comporta a gama de ditames ali positivados.

8- Com relação à alegada afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guereada, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.

9- Nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 121, do mesmo Estatuto, o responsável traduz a figura de um terceiro que, portanto, em nada tendo a ver com a pessoa ou condição de contribuinte (sujeito passivo direto), assumo o ônus de recolher por força de lei.

10- São requisitos estruturais, para a concepção do responsável tributário, traduza-se o mesmo em terceiro, consequentemente que não participou da relação material praticando o fato tributário (até porque, caso assim o fosse, obviamente, tratar-se-ia de contribuinte), bem assim que seja situado no pólo passivo por determinação de lei.

11- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : deveras, sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.

12- Nexos mínimos sempre devem existir entre os eventos que envolvem o terceiro e o contribuinte, como aliás se dá no próprio caso da impetrante, que está a reclamar nos autos precisamente porque a lei manda retenha, o seu contratante, a título dos tributos enfocados na inicial, parcela dos valores que lhe serão pagos.

13- Dessume-se patente que existe um liame contratual entre a aqui impetrante-contratada e a fonte contratadora que procederá à retenção *ex vi legis* : isso em nada significa, insista-se, deva o terceiro, em qualquer situação, para assim ser eleito pela lei, estar a praticar o mesmo fato que renderá ensejo à tributação.

14- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte.

15- Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150. Precedentes.

16- Superada a invocação à Súmula 276, do E. STJ, a firmar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais com relação à COFINS, tendo-se em vista o seu cancelamento, na sessão de 12/11/2008.

17- Improvimento à apelação. Denegação da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00135 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003151-37.2004.4.03.6103/SP

2004.61.03.003151-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy

APELANTE : CADIVE VEICULOS LTDA

ADVOGADO : MARCIO ANTONIO DA SILVA NOBRE e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. VEDAÇÃO. LEI Nº 9.249/95. PRECEDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

1. A Lei nº 9.249/95 veda a aplicação de correção monetária nas demonstrações financeiras, razão pela qual não se cogita da utilização de qualquer índice a tal título.

2. Precedente desta Corte (AC 1317243, Relator Juiz Federal Roberto Jeuken).

3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00136 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001272-86.2004.4.03.6105/SP
2004.61.05.001272-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : LIMA PIRES DE GODOY ASSESSORIA JURIDICA S/C
ADVOGADO : EVALDO DE MOURA BATISTA e outro
APELADO : Uniao Federal

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELATIVOS À PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO. LC Nº 70/91. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. LEI Nº 9.430/96. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RETENÇÃO DO TRIBUTO. ARTIGO 30 DA LEI 10.833/2003. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA.

1. O E. Supremo Tribunal Federal assentou entendimento sobre a constitucionalidade da revogação, por meio da Lei 9.430/96, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais, bem como afastou o pedido de modulação dos efeitos da decisão. (AI 523.223 AgR-ED, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2/9/2010).
2. Não é objeto de questionamento nos autos a sistemática de retenção do tributo determinada pelo artigo 30 da Lei nº 10.833/2003, cingindo-se os argumentos esgrimidos à defesa de que indevida a retenção em razão da ausência de revogação da isenção. Tida como hígida a exigência do tributo, não há que se cogitar do afastamento da retenção, já que tal ponto não é especificamente impugnado, de forma autônoma, no feito.
3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00137 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003302-91.2004.4.03.6106/SP
2004.61.06.003302-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : JOSE PASCOAL COSTANTINI
ADVOGADO : JOSE THEOPHILO FLEURY NETTO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROTOCOLO DA INSURGÊNCIA CONTRIBUINTE FORA DO TRINTÍDIO LEGAL, INOPONÍVEL TENHA CHEGADO À REPARTIÇÃO APÓS O HORÁRIO DE EXPEDIENTE, NA LOCALIDADE - PRESSUPOSTO PROCESSUAL DA TEMPESTIVIDADE QUE COGNOSCITÍVEL PELO ÓRGÃO NA ESPÉCIE CONSTATADOR - DENEGAÇÃO DA ORDEM - IMPROVIMENTO AO APELO IMPETRANTE

1. Sem razão a parte impetrante, nos termos da r. sentença, não socorrendo o Direito (nem o Judiciário) a quem dorme, *data vênia*.
2. Perdeu a parte apelante ao prazo recursal por um capricho de sua exclusiva economia interna, vindo de tentar protocolizar sua insurgência centenas de quilômetros distante do domicílio fiscal perante o qual a tramitar o procedimento administrativo em cume.
3. Não prescreve o aventado art. 1º, do Decreto 1.590/95, senão sobre a jornada dos servidores, não a respeito do atendimento ao público, assim se ilegitimando a irrisignação do impetrante a tanto.
4. Pressuposto processual objetivo o da tempestividade recursal/da via impugnativa, ausente desejado ranço ao órgão fazendário que assim a reconheceu, aliás em mérito incontroversa nos termos do próprio apelo, dentro do qual centralmente a se bater o contribuinte em tela contra si mesmo, contra sua desorganização, mais um vez *data vênia*, "conseguindo" deixar transcorrer o longínquo prazo de trinta dias, em voga.
5. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00138 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006617-21.2004.4.03.6109/SP
2004.61.09.006617-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : TURBODIESEL SERVICOS S/C LTDA -ME
ADVOGADO : FLAVIA ALBERTA GAIOTTO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE PIRACICABA SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. OFICINAS MECÂNICAS DE REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE AUTOMÓVEIS. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO COM QUALQUER PROFISSÃO CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL. DIREITO À PERMANÊNCIA NO SIMPLES. LEIS 10.964/2004 E 11.051/2004. OPÇÃO COM EFEITO RETROATIVO RECONHECIDA PELO LEGISLADOR.

1. A atividade básica da autora não diz com serviços profissionais de engenharia e nem se relaciona à prestação de serviços ligados a profissão cujo exercício dependa de regulamentação legal, daí não se sujeitar ela à vedação contida no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.316/96.
2. Com a edição das Leis 10.964/2004 (art. 4º) e 11.051/2004 (§ 2º do art. 4º), restou assegurado às empresas que se dedicavam à manutenção e reparação de automóveis o direito à opção pelo SIMPLES, com efeitos retroativos à data de ingresso no sistema. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
3. Remessa Oficial e Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00139 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002194-15.2004.4.03.6110/SP
2004.61.10.002194-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SCHAEFFLER BRASIL LTDA
ADVOGADO : ROBERTA GONCALVES PONSO
: MARIA CAROLINA ANTUNES DE SOUZA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CND - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO QUE A NÃO DESFRUTAR DA DESEJADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, AUSENTE CAPITAL ESTRITA LEGALIDADE A TANTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM, UNICAMENTE SE FOSSE ESTE O FLANCO - FATO SUPERVENIENTE COMUNICANDO CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DOS DÉBITOS - DECORRENTE CONCESSÃO DA ORDEM, PARA ÚNICA CERTIDÃO, COMO REQUERIDA - PROVIDO O APELO IMPETRANTE

1. Explícito o inciso III, do art. 151, CTN, em autorizar suspensão da exigibilidade nos termos da legislação específica a tanto, âmbito no qual não logra revelar a parte impetrante/apelante sobre onde a repousar comando expresso, capital, que, em sede de "revisão de débitos", tenha atribuído dita força ao debate contribuinte em torno do tema, por meio do invocado "pedido de revisão de débito".
2. Regida toda a temática em cena pela legalidade dos atos estatais, caput do art. 37, Lei Maior, bem assim pela estrita legalidade tributária, art. 97, CTN, não se amolda o conceito do fato, trazido a lume, ao da norma invocada em abrigo, pela parte impetrante.
3. Imperativa seria a denegação da ordem, não fosse o fato novo, aqui a ser objeto de cognição, nos termos do art. 462, CPC, veiculado através da notícia fazendária, a reportar foram cancelados os débitos, em seara administrativa.
4. Provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminent Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00140 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005916-45.2004.4.03.6114/SP
2004.61.14.005916-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : HEIFER INFORMATICA S/C LTDA
ADVOGADO : RICARDO DE SOUZA BATISTA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. INCLUSÃO ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 10.964/2004 E 11.051/2004. RETROATIVIDADE DA LEGISLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES somente pode ser exercido a partir da vigência da norma autorizadora. Precedentes (RESP 760496 e AgRg no AgRg no RESP 779202).
2. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00141 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006405-82.2004.4.03.6114/SP
2004.61.14.006405-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : AUTO MECANICA KIKA LTDA -ME
ADVOGADO : DEBORA LOPES NEVES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. OFICINAS MECÂNICAS DE REPARAÇÃO E MANUTENÇÃO DE AUTOMÓVEIS. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO COM QUALQUER PROFISSÃO CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL. DIREITO À

PERMANÊNCIA NO SIMPLES. LEIS 10.964/2004 E 11.051/2004. RECONHECIMENTO DE OPÇÃO COM EFEITO RETROATIVO RECONHECIDO PELO LEGISLADOR.

1. A atividade básica da autora não diz com serviços profissionais de engenharia e nem se relaciona à prestação de serviços ligados a profissão cujo exercício dependa de regulamentação legal, daí não se sujeitar ela à vedação contida no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.316/96.
2. Com a edição das Leis 10.964/2004 (art. 4º) e 11.051/2004 (§ 2º do art. 4º), restou assegurado às empresas que se dedicavam à manutenção e reparação de automóveis o direito à opção pelo SIMPLES, com efeitos retroativos à data de ingresso no sistema. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
3. Remessa Oficial e Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00142 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002317-80.2004.4.03.6120/SP
2004.61.20.002317-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : N P C SERVICOS MEDICOS DE ARARAQUARA S/C LTDA -EPP
ADVOGADO : PAULO CESAR BRAGA e outro

EMENTA

TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELATIVOS À PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO. LC Nº 70/91. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. LEI Nº 9.430/96. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PROMOVIDA PELA LEI Nº 9.718/98. LEI Nº 10.833/2003. BASE DE CÁLCULO CONSOANTE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO DO TRIBUTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

1. O E. Supremo Tribunal Federal assentou entendimento sobre a constitucionalidade da revogação, por meio da Lei 9.430/96, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais, bem como afastou o pedido de modulação dos efeitos da decisão. (AI 523.223 AgR-ED, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2/9/2010).
2. As Leis n.ºs. 9.718/98 e 10.833/2003 apenas mantiveram a tributação da COFINS sobre as sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada, cuja isenção já havia sido validamente revogada pela Lei nº 9.430/96.
3. O Egrégio Supremo Tribunal Federal assentou posição sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS, promovida pelo parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (Recursos Extraordinários n.ºs. 357950, 390840, 358273 e 346084).
4. A Lei nº 10.833/2003 encontra base de apoio na nova redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao artigo 195 da Constituição Federal. Também não vinga o óbice do artigo 246 da CF, que veda a edição de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda, já que de "regulamentação" não se trata, mas de verdadeira instituição de exação. Precedente desta Corte (AMS 319980, Desembargador Federal Márcio Moraes).
5. A retenção da COFINS prevista no artigo 30 da Lei nº 10.833/2003 mostra-se legítimo mecanismo de substituição tributária. Orientação deste Tribunal (AMS 286878 e 293218).
6. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, somente a partir do término do prazo conferido para essa prática é que tem início o curso do lapso prescricional, entendido portanto como sendo os primeiro cinco (5) anos contados do recolhimento indevido ou a maior e os cinco (5) anos seguintes após o último dia destinado ao Fisco, no caso de homologação tácita, ou do momento em que ocorrer efetivamente a homologação, se anterior ao curso desse prazo. Orientação reafirmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça para os tributos recolhidos anteriormente à edição da Lei Complementar nº 118/2005.

7. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação, mostrando-se ajustada a sentença quanto a esse ponto, considerando a data do ajuizamento da demanda.

8. A correção monetária do indébito tributário fixada em sentença também se mostra em consonância com a jurisprudência dominante.

9. Prejudicada a apelação no tocante à discussão sobre a destinação dos valores depositados judicialmente, diante da ausência de demonstração da existência de tais depósitos nos autos.

10. Honorários advocatícios compensados entre as partes, na esteira do disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil.

11. Apelação da União Federal conhecida em parte e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer em parte da apelação para dar-lhe parcial provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00143 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002500-48.2004.4.03.6121/SP

2004.61.21.002500-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO

APELANTE : CENTRO MEDICO S/C LTDA

ADVOGADO : RODRIGO DO AMARAL FONSECA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PIS, COFINS, CSLL E IRPJ - LEGITIMIDADE DO REGRAMENTO ORIUNDO DA LEI 10.833/03, INCLUSIVE EM SUA PRÉVIA VEICULAÇÃO PELA MP 135/03 - COFINS - ISENÇÃO - ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91 - LEI N.º 9.430/96 - NATUREZA JURÍDICA DE LEI ORDINÁRIA - REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO - PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS A DESEJAR EQUIPARAÇÃO COM PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES: INADMISSIBILIDADE - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

1- O ordenamento advindo da Lei 10.833/03, decorrência da Medida Provisória - MP 135/03, nos ângulos atacados, não suporta a motivação contribuinte irresignadora, em questão.

2- Cuidando-se de contribuição já consagrada/autorizada em sua edição pela original redação do Texto Supremo, arts. 195 e 239 - aqui para os que também litigam em torno do PIS, como na espécie - não se sustenta o desejado ataque ao comparativo ditame emanado do art. 246, Lei Maior, a disciplinar objetivamente figuras diversas, máxime por não ter a EC 20/98 "criado/inventado" qualquer novo tributo, na esfera aqui em discussão.

3- A edição de prévia MP, com sua posterior aprovação congressual/conversão em lei, atende ao primado da estrita legalidade tributária, inciso I, do art. 150, do Texto Supremo, exatamente como se deu através da Medida e Lei em tela.

4- Pacificado resta a se contar a temporal distância da anterioridade a partir da original edição da Medida Provisória, assim o vaticinando a v. Súmula 651, E. STF.

5- Ao afetar a guerreada tributação todo um uniforme colegiado contribuinte, como o em pauta, veemente a obediência ao dogma isonômico, inciso II daquele mesmo art. 150 e art. 195, § 9º, tanto quanto sem substrato de tomo a amiúde aventada incapacidade contributiva, § 1º, do art. 145, da mesma Carta Política, pois equânime/objetivamente sopesada a tributação em foco.

6- Sem sucesso a corrente desejada "imposição" de lei complementar, § 4º, art. 195, CR, pois contribuições as em tela já oriundas da original redação da Lei Maior, por seu mesmo art. 195 e por seu art. 239, aqui aos debates que também alcancem ao PIS.

7- No que atine à correntemente alegada violação à LC 95/98, art. 7º, ausente êxito a tanto, com clareza o intróito de combatida Lei 10.833/03 noticiando o que efetivou em sua base, modificação da legislação tributária, a qual, por seus múltiplos enfoques, comporta a gama de ditames ali positivados.

8- Com relação à amiúde afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guerreada, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.

9- Nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 121, do mesmo Estatuto, o responsável traduz a figura de um terceiro que, portanto, em nada tendo a ver com a pessoa ou condição de contribuinte (sujeito passivo direto), assumo o ônus de recolher por força de lei.

- 10- São requisitos estruturais, para a concepção do responsável tributário, traduza-se o mesmo em terceiro, consequentemente que não participou da relação material praticando o fato tributário (até porque, caso assim o fosse, obviamente, tratar-se-ia de contribuinte), bem assim que seja situado no pólo passivo por determinação de lei.
- 11- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : deveras, sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.
- 12- Dessume-se patente que existe um liame contratual entre a aqui impetrante-contratada e a fonte contratadora que procederá à retenção *ex vi legis* : isso em nada significa, insista-se, deva o terceiro, em qualquer situação, para assim ser eleito pela lei, estar a praticar o mesmo fato que renderá ensejo à tributação.
- 13- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte.
- 14- Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150.
- 15- Quanto à aventada isenção no que diz respeito à COFINS, esta foi legitimamente revogada pela Lei 9.430/96.
- 16- Consagrado, pacificamente, tenha sido (e sempre o seja) suficiente o uso de lei ordinária, para a instituição e majoração das contribuições sociais de custeio da Seguridade Social, previamente elencadas, pelo constituinte, através dos incisos do artigo 195, reservando-se a necessidade de lei complementar para as hipóteses de novas contribuições sociais de custeio, estas nos termos do parágrafo quarto da mesma disposição, notório se apresente legítima a utilização daquele instrumento, hábil a legitimar cumprimento ao princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I, CF).
- 17- Inconteste a desnecessidade do uso de lei complementar para introduzir a cobrança da contribuição Cofins, pois prevista no original inciso I, do retratado art. 195, CF, tem-se consagrado, sim, coerentemente, que reúne referido diploma a natureza material ou de conteúdo de lei ordinária, motivo pelo qual sua modificação tem sido admitida como suficiente através de lei ordinária, pois esta sua verdadeira essência, refletindo-se o uso congressional da enfocada lei complementar num equívoco processual-legislativo de somenos importância.
- 18- Deve ter força de conteúdo ou matéria o instrumento exigido como suficiente pela Lei Maior, irrelevantes os desdobramentos ou excessos como o ocorrido no caso vertente, no qual a Lei n.º 9.430/96 se reveste, sim, de indiscutível legitimidade para alterar o conteúdo de um texto que é, em sua essência, lei ordinária, apenas na forma identificando-se como LC 70/91. Precedentes.
- 19- Não se há de falar em equiparação da parte impetrante - prestadora de serviços médicos - às prestadoras de serviços hospitalares, para fins de aplicação de alíquotas referentes ao IRPJ e à CSLL.
- 20- Busca a parte apelante por desejar tratamento equânime a situações objetivamente distintas, inconfundíveis, dessa forma por si mesma a decretar o insucesso de sua empreitada, logo sem a desejada força o dogma isonômico em seu pro (atual CF, art. 5º, "caput"), pois jungida a Administração ao princípio da legalidade de seus atos. Precedentes.
- 21- Superada a invocação à Súmula 276, do E. STJ, a firmar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais com relação à COFINS, tendo-se em vista o seu cancelamento, na sessão de 12/11/2008.
- 22- Desmorona o ângulo afeto à aventada necessidade de não-autuação da impetrante, pela impetrada, enquanto recolhe o IRPJ no percentual de 8%, pois genuína a retenção assim fragilmente combatida.
- 23- Improvimento à apelação. Denegação da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00144 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002936-07.2004.4.03.6121/SP
2004.61.21.002936-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : CARMEN FRAZAO DA SILVEIRA GONBOEFF e outros
: CELIA MARIA FURTADO
: MARIA SENHORINHA DE MORAES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARLY TIFUMI TANAKA MUHLBAUER e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TAUBATE - 21ª SSSJ - SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DEMANDA. LEGITIMIDADE DO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. VERBAS TRABALHISTAS RECEBIDAS CUMULATIVAMENTE EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A TOTALIDADE DOS VALORES RECEBIDOS EM ÚNICA PARCELA. INCIDÊNCIA SOBRE OS MONTANTES MENSALMENTE DEVIDOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar demanda em que se discute a incidência do imposto de renda, sendo o Delegado da Receita Federal a autoridade fiscal competente para exigir o pagamento desse tributo, no caso de não pagamento. Alegações de competência do juízo trabalhista e de ilegitimidade passiva da autoridade coatora que devem ser afastadas.
2. Indevida a incidência do imposto de renda sobre a totalidade das verbas recebidas em ação trabalhista, de uma única vez, devendo haver a aplicação da alíquota prevista na legislação da época sobre os valores devidos mensalmente.
3. Remessa Oficial e Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00145 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000677-33.2004.4.03.6123/SP
2004.61.23.000677-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : IMBRAMIL IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : AYRTON CARAMASCHI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

AÇÃO DECLARATÓRIA - IPI A NÃO RECAIR SOBRE RAÇÃO PARA CÃES E GATOS, ACONDICIONADA EM EMBALAGENS COM MAIS DE 10 QUILOS, AUSENTE A FUNDAMENTAL ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, A SEU TEMPO - DECRETO 89.241/83 A NÃO CONSOAR COM SUA MISSÃO, ESTAMPADA NO ART. 99, CTN - PRECEDENTES E. STF - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO CONTRIBUINTE EXIMIDOR, PROVENDO-SE A SEU APELO.

- 1- Bem sabe a Fazenda rege-se a matéria tributária por estrita legalidade, de modo que a ambicionada incidência do IPI sobre os alimentos / rações animais (para cães e gatos), com peso superior a 10 quilos e acondicionados em embalagens, a não desfrutar de capital tipicidade autorizadora, segundo o ordenamento de então, EC 1/69 e DL 1.199/71, logo o Decreto 89.241/83 a não reunir, por si, suficiente força a tanto, como lhe delimita a atuação o at. 99, CTN, assim o pacificando o E. STF, o E. STJ e esta E. Corte.
- 2- Inadmite o sistema a ambicionada tributação nos moldes em que desejada pela recorrida, logo se impondo procedência ao pedido declaratório, nos termos em que construído, reformada a r. sentença, provido o apelo, fixados honorários advocatícios em R\$ 3.000,00, em favor da parte apelante, em atenção ao art. 20 CPC, com atualização monetária desde o ajuizamento até o efetivo desembolso.
- 3- Provimento à apelação. Reforma da r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00146 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000108-23.2004.4.03.6126/SP
2004.61.26.000108-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : SUPPORT ORTOPEDIA E REABILITACAO S/C LTDA
ADVOGADO : ISABELLA TIANO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PIS, COFINS E CSLL - LEGITIMIDADE DO REGRAMENTO ORIUNDO DA LEI 10.833/03, INCLUSIVE EM SUA PRÉVIA VEICULAÇÃO PELA MP 135/03 - COFINS - ISENÇÃO - ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91 - LEI N.º 9.430/96 - NATUREZA JURÍDICA DE LEI ORDINÁRIA - REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1- O ordenamento advindo da Lei 10.833/03, decorrência da Medida Provisória - MP 135/03, nos ângulos atacados, não suporta a motivação contribuinte irresignadora, em questão.

2- Cuidando-se de contribuição já consagrada/autorizada em sua edição pela original redação do Texto Supremo, arts. 195 e 239 - aqui para os que também litigam em torno do PIS, como na espécie - não se sustenta o desejado ataque ao comparativo ditame emanado do art. 246, Lei Maior, a disciplinar objetivamente figuras diversas, máxime por não ter a EC 20/98 "criado/inventado" qualquer novo tributo, na esfera aqui em discussão.

3- A edição de prévia MP, com sua posterior aprovação congressual/conversão em lei, atende ao primado da estrita legalidade tributária, inciso I, do art. 150, do Texto Supremo, exatamente como se deu através da Medida e Lei em tela.

4- Pacificado resta a se contar a temporal distância da anterioridade a partir da original edição da Medida Provisória, assim o vaticinando a v. Súmula 651, E. STF.

5- Ao afetar a guerreada tributação todo um uniforme colegiado contribuinte, como o em pauta, veemente a obediência ao dogma isonômico, inciso II daquele mesmo art. 150 e art. 195, § 9º, tanto quanto sem substrato de tomo a amiúde aventada incapacidade contributiva, § 1º, do art. 145, da mesma Carta Política, pois equânime/objetivamente sopesada a tributação em foco.

6- Sem sucesso a corrente desejada "imposição" de lei complementar, § 4º, art. 195, CR, pois contribuições as em tela já oriundas da original redação da Lei Maior, por seu mesmo art. 195 e por seu art. 239, aqui aos debates que também alcancem ao PIS.

7- Com relação à correntemente alegada violação à LC 95/98, art. 7º, ausente êxito a tanto, com clareza o intróito de combatida Lei 10.833/03 noticiando o que efetivou em sua base, modificação da legislação tributária, a qual, por seus múltiplos enfoques, comporta a gama de ditames ali positivados.

8- Com relação à amiúde afirmada ilegitimidade da fonte, identificada na Lei guerreada, de se posicionar como responsável tributário com arrimo maior no artigo 128, CTN, evidentemente, tanto não consoa com a própria natureza da sujeição passiva tributária indireta, na qual se traduz a responsabilidade tributária.

9- Nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 121, do mesmo Estatuto, o responsável traduz a figura de um terceiro que, portanto, em nada tendo a ver com a pessoa ou condição de contribuinte (sujeito passivo direto), assumo o ônus de recolher por força de lei.

10- Firma o invocado artigo 128 "pode" a lei atribuir a responsabilidade a uma terceira pessoa, sem que se conceba, cogentemente, esteja ela vinculada ao fato : sem sentido se revela seja concebida a figura do responsável como a de um ente necessariamente atrelado ou anelado ao evento em concreto, na forma como deseja o contribuinte aqui autor.

11- Nexu mínimo sempre deve existir entre os eventos que envolvem o terceiro e o contribuinte, como aliás se dá no próprio caso da impetrante, que está a reclamar nos autos precisamente porque a lei manda retenha, o seu contratante, a título dos tributos enfocados na inicial, parcela dos valores que lhe serão pagos.

12- Existe um liame contratual entre a aqui impetrante-contratada e a fonte contratadora que procederá à retenção *ex vi legis* : isso em nada significa, insista-se, deva o terceiro, em qualquer situação, para assim ser eleito pela lei, estar a praticar o mesmo fato que renderá ensejo à tributação.

13- Nenhum vício se constata na angulação aqui analisada, pois de todo desnecessário participe o responsável efetivamente do mesmo fato tributário a envolver o contribuinte.

14- Superiormente a Lei Maior se põe com clareza a autorizar referida figura responsabilizadora tributária, como a emanar do § 7º de seu artigo 150. Precedentes.

15- Quanto à aventada isenção no que diz respeito à COFINS, esta foi legitimamente revogada pela Lei 9.430/96.

16- Consagrado, pacificamente, tenha sido (e sempre o seja) suficiente o uso de lei ordinária, para a instituição e majoração das contribuições sociais de custeio da Seguridade Social, previamente elencadas, pelo constituinte, através dos incisos do artigo 195, reservando-se a necessidade de lei complementar para as hipóteses de novas contribuições sociais de custeio, estas nos termos do parágrafo quarto da mesma disposição, notório se apresente legítima a utilização daquele instrumento, hábil a legitimar cumprimento ao princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I, CF).

17- Inconteste a desnecessidade do uso de lei complementar para introduzir a cobrança da contribuição Cofins, pois prevista no original inciso I, do retratado art. 195, CF, tem-se consagrado, sim, coerentemente, que reúne referido diploma a natureza material ou de conteúdo de lei ordinária, motivo pelo qual sua modificação tem sido admitida como

suficiente através de lei ordinária, pois esta sua verdadeira essência, refletindo-se o uso congressional da enfocada lei complementar num equívoco processual-legislativo de somenos importância.

18- Nos termos do consagrado pela teoria constitucional das vontades ou das maiorias, não há como se negar o acerto em se afirmar esteja a maioria simples, ordinária ou relativa, hábil a aprovar leis ordinárias (artigo 47, CF), abarcada ou abrangida por expressão de vontade superior a si, denominada de maioria absoluta, esta apta a aprovar projetos de leis complementares (art. 69, CF).

19- Se necessitasse o Congresso Nacional desfazer o texto formal da LC 70/91 apenas para substituí-lo por um rótulo solene de lei ordinária, para cuja aprovação, insista-se, já existia vontade legislativa mui superior, tal resultaria efetivamente inócuo.

20- Deve ter força de conteúdo ou matéria o instrumento exigido como suficiente pela Lei Maior, irrelevantes os desdobramentos ou excessos como o ocorrido no caso vertente, no qual a Lei n.º 9.430/96 se reveste, sim, de indiscutível legitimidade para alterar o conteúdo de um texto que é, em sua essência, lei ordinária, apenas na forma identificando-se como LC 70/91. Precedentes.

21- Superada a amiúde invocação à Súmula 276, do E. STJ, a firmar a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais com relação à COFINS, tendo-se em vista o seu cancelamento, na sessão de 12/11/2008.

22 Provimento à apelação e à remessa oficial. Reforma da r. sentença. Denegação da segurança, ausente sujeição sucumbencial, face à via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00147 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001491-36.2004.4.03.6126/SP
2004.61.26.001491-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : TARABAY ALUMINIO LTDA
ADVOGADO : LINA TRIGONE e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CPEND - GREVE AO TEMPO DA NECESSIDADE DO IMPETRANTE - PERCURSO PRÉVIO ADMINISTRATIVO ASSIM INOPONÍVEL - AUSENTE DIVERGÊNCIA ESTATAL AO MÉRITO DA EMISSÃO SENTENCIADA - CONCESSÃO DA ORDEM - IMPROVIDOS APELO E REMESSA.

1. Não se suporta o único flanco formal aventado em apelo, inexigível a incursão administrativa invocada quando a própria Administração a reconhecer o então estado grevista/de paralisação no qual à época envolta.

2. Superior na espécie o dogma do amplo acesso ao Judiciário, inciso XXXV do art. 5º, Texto Supremo, carece de amparo a intenção fazendária em foco, notadamente porque, em mérito, nada obtempera/opõe à emissão de certidão, como postulada, CPEND.

3. Imperativa a concessão da ordem nos termos da r. sentença, improvendo-se à remessa e ao apelo.

4. Improvimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00148 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005820-91.2004.4.03.6126/SP
2004.61.26.005820-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : MILENNIUM FAST DRIVE SERVICE LTDA ME
ADVOGADO : JOSÉ LUIZ CIRINO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSJ>SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. EXCLUSÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO. CABIMENTO, LEGISLAÇÃO QUE REGULA O PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. DECRETO 70.235/72.

1. O recurso administrativo interposto em face de decisão que exclui o contribuinte do SIMPLES tem efeito suspensivo, nos termos das normas que regulam o processo tributário administrativo (Decreto 70.235/72).
2. Remessa Oficial e Apelação não providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00149 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0062171-12.1997.4.03.6100/SP
2005.03.99.042918-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
PARTE AUTORA : CIA CIMENTO PORTLAND ITAU
ADVOGADO : CAROLINA BACCI DA SILVA
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 97.00.62171-5 7 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IRPJ SOBRE RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO DE RENDA FIXA - LICITUDE DOS ARTS. 29 E 30 DA LEI 9.532/97 - PRECEDENTES - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROVIDA A REMESSA.

1. Presente interesse de agir, não se tratando de mandado de segurança normativo, pois discute o seu caso concreto a impetrada, superada a temática.
2. Nem mesmo da dicção dos combatidos parágrafos 2º e 3º, do art. 29, bem assim do art. 30, da Lei 9.532/97, extrai-se comando que tenha retro-operado em seus efeitos.
3. No bojo de sistemática então normatizada, impositiva de apuração diária dos rendimentos de aplicação financeira, com o resgate em ficção previsto para janeiro/1998, quanto aos fundos existentes em 1997 - portanto com o propósito a antecipação de se determinar uma data limite para retenção do IR - não se constata transgressão ao signo em si da riqueza afetada, art. 43, CTN, c.c. inciso III do art. 153/CF, por igual ausente, por veemente, inobservância aos postulados da estrita legalidade tributária, da irretroatividade nem da anterioridade, pois projetou, a normação combatida, seus efeitos ao futuro, por cristalino, dessa forma o pacificando a v. jurisprudência:
4. Diante do evento em prisma, de tributação voltada para 1998, publicada a lei em questão em 1997, carece de amparo a gama de valores em prefacial sustentada como lesada, pois tal a não corresponder aos fatos, muito menos duplicidade se verificando na incidência em questão.
5. De rigor a denegação da ordem, reformada a r. sentença, provendo-se ao reexame, ausentes honorários diante da via eleita.
6. Provida à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00150 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0062175-49.1997.4.03.6100/SP
2005.03.99.050020-9/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : CIA CIMENTO PORTLAND ITAU
ADVOGADO : DANIELI JULIO
: SERGIO RICARDO GARCIA PEREIRA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 97.00.62175-8 7 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - IRPJ SOBRE RENDIMENTOS DE APLICAÇÃO DE RENDA FIXA - LICITUDE DOS ARTS. 29 E 30 DA LEI 9.532/97 - PRECEDENTES - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROVIDOS REMESSA E APELO.

1. Presente interesse de agir, não se tratando de mandado de segurança normativo, pois discute o seu caso concreto a impetrada, superada a temática.
2. Nem mesmo da dicção dos combatidos parágrafos 2º e 3º, do art. 29, bem assim do art. 30, da Lei 9.532/97, extrai-se comando que tenha retro-operado em seus efeitos.
3. No bojo de sistemática então normatizada, impositiva de apuração diária dos rendimentos de aplicação financeira, com o resgate em ficção previsto para janeiro/1998, quanto aos fundos existentes em 1997 - portanto com o propósito a antecipação de se determinar uma data limite para retenção do IR - não se constata transgressão ao signo em si da riqueza afetada, art. 43, CTN, c.c. inciso III do art. 153/CF, por igual ausente, por veemente, inobservância aos postulados da estrita legalidade tributária, da irretroatividade nem da anterioridade, pois projetou, a normação combatida, seus efeitos ao futuro, por cristalino, dessa forma o pacificando a v. jurisprudência:
4. Diante do evento em prisma, de tributação voltada para 1998, publicada a lei em questão em 1997, carece de amparo a gama de valores em prefacial sustentada como lesada, pois tal a não corresponder aos fatos, muito menos duplicidade se verificando na incidência em questão.
5. De rigor a denegação da ordem, reformada a r. sentença, provendo-se ao reexame e à apelação, ausentes honorários diante da via eleita.
6. Providos remessa oficial e apelo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00151 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005932-07.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.005932-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : TURIM EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : FLAVIO LUCAS DE MENEZES SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CND - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO QUE A NÃO DESFRUTAR DA DESEJADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, AUSENTE CAPITAL ESTRITA LEGALIDADE A TANTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - IMPROVIDO O APELO DA IMPETRANTE.

1. A "preliminar" de iliquidez/incerteza do direito a rigor pertine ao mérito, logo sem sucesso sua invocação como angulação formal.
2. Carece de amparo no sistema a intenção por emissão sequer de CPEND, como postulada.
3. Explícito o inciso III, do art. 151, CTN, em autorizar suspensão da exigibilidade nos termos da legislação específica a tanto, âmbito no qual não logra revelar a parte impetrante/apelante sobre onde a repousar comando expresso, capital, que, em sede de "revisão de débitos", tenha atribuído dita força ao debate contribuinte em torno do tema, por meio do invocado "pedido de revisão de débito".
4. Regida toda a temática em cena pela legalidade dos atos estatais, *caput* do art. 37, Lei Maior, bem assim pela estrita legalidade tributária, art. 97, CTN, não se amolda o conceito do fato, trazido a lume, ao da norma invocada em abrigo, pela parte impetrante.
5. Já malograda a intenção constitutiva de Certidão, como postulado, em função dos débitos supra, objetivamente em aberto, em sede de aventada "prescrição ou decadência", bem sabe a parte impetrante deve a aduzir perante o E. Juízo da execução onde tramita, inadequada esta via em julgamento diante da ausência de elementos e da imprecisão dos marcos invocados.
6. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminentíssimo Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00152 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0006156-42.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.006156-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
PARTE AUTORA : SERAP CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA
ADVOGADO : NELSON RUY SILVAROLLI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. HABEAS DATA. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES. CADIN. HABEAS DATA CONCEDIDO.

1. O fornecimento pela administração de informações incompletas ou insuficientes equivale à recusa e justifica a impetração do *habeas data*.
2. Remessa Oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00153 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011096-50.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.011096-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : SANBIN IND/ DE AUTO PECAS LTDA e outro
: IMPLEMENTOS RODOVIARIOS RAI LTDA
ADVOGADO : CAMILLA CAVALCANTI VARELLA GUIMARAES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que "o valor da causa, nas ações declaratórias, deve corresponder ao conteúdo econômico da demanda, consoante o disposto nos arts. 258 e 260 do CPC." (AGA 1257321 - Rel. Min. CASTRO MEIRA).

2. Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00154 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012167-87.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.012167-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : TRANSCONTINENTAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS E ADMINISTRACAO DE CREDITOS S/A
ADVOGADO : MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA A DISCUTIR INSCRIÇÃO DE DÉBITOS SOBRE OS QUAIS JUNTADAS GUIAS COINCIDENTES EM RECOLHIMENTO COM OS DOIS VALORES PRINCIPAIS IMPUTADOS EM DÍVIDA AO IMPETRANTE - INTERESSE DE AGIR PRESENTE AO FEITO - ELEMENTOS COLIGIDOS REVELADORES DA ADEQUAÇÃO DA VIA - REFORMA DA R. SENTENÇA TERMINATIVA, PARA RETORNO À ORIGEM, EM PROSSEGUIMENTO - PROVIMENTO AO APELO IMPETRANTE.

1. Vênias todas ao r. sentenciamento terminativo, pois presente, sim, processual interesse de agir (art. 3º, CPC) ao impetrante/apelante, nos termos de sua prefacial e consoante a então iminente cobrança por Dívida Ativa inscrita, fls. 25/28.

2. Reúne a demanda os suficientes contornos ao ajuizamento da segurança em questão, logo com adequação tanto ao inciso LXIX quanto ao inciso XXXV, ambos do art. 5º, Texto Supremo, o que decorre da precisa coincidência entre o original dos débitos imputados ao impetrante, R\$ 6.594,87 e R\$ 83.417,36, fls. 27/28, em relação aos pagamentos efetuados, fls. 30/31.

3. Ao momento no qual extinta a causa ainda inconsumada notificação ao ente impetrado, tanto quanto suficientes, nos termos do aqui elucidado, os elementos ao feito coligidos, para se afastar a também sob tal flanco sentenciada inadequação da via, avulta de rigor a reforma da r. sentença, provendo-se ao apelo, para prosseguimento do feito junto à origem.

4. Provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00155 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012993-16.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.012993-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : SCHUNK DO BRASIL SINTERIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA

ADVOGADO : HENRIQUE LEMOS JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO: AUSENTE PROVA DA ALEGADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE REFERENTE A TODOS OS DÉBITOS - INADEQUAÇÃO AOS ARTS. 205 E 206, AMBOS DO CTN - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Assentado no Texto Constitucional o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.
2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.
3. A concessão de certidão de débito, positiva com efeito de negativa, nos termos do artigo 206, C.T.N., sujeita-se à comprovação de que os débitos envolvidos estejam com sua exigibilidade suspensa e ou garantidos por penhora em execução.
4. A apelante não logrou êxito em provar a inexistência de débitos para com o Fisco, tampouco a alegada compensação, insuficiente título judicial de restituição, juntado ao feito, nem discussão administrativa sobre o alcance desta, ciente a parte impetrante de que, diante dos limites angustos da garantia agitada, seja seu o capital ônus de aritmeticamente demonstrar aqueles débitos tenham sido saciados pelos indébitos invocados, o que não se deu na espécie, nos termos dos autos.
5. Considerando-se ser ônus probatório da impetrante/apelante conduzir ao centro dos autos elementos hábeis a demonstrar se enquadrem todos os débitos em tela ao previsto pelo art. 205, CTN, viabilizando ou não, então, mediante sua apreciação, concessão da requerida certidão, à vista da teoria geral do processo, consagrada no plano do direito positivo Pátrio, de rigor se revela a denegação da segurança buscada, por não provado, em sua inteireza, o direito que alega ser titular a autora.
6. Não comprovada a ausência de débitos nem tampouco a ocorrência, em relação a todos os débitos, de qualquer causa suspensiva da exigibilidade dos créditos tributários, avulta imperativa a denegação da segurança deduzida, mantendo-se a r. sentença lavrada nos autos.
7. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00156 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014967-88.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.014967-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : VIVOX COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
ADVOGADO : DANIEL CLAYTON MORETI

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CND - MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE REVISÃO DE DÉBITO QUE A NÃO DESFRUTAR DA DESEJADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, AUSENTE CAPITAL ESTRITA LEGALIDADE A TANTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROVIDO O APELO DA IMPETRADA E À REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA.

1. Carece de amparo no sistema a intenção por emissão sequer de CPEND, como postulada.
2. Explícito o inciso III, do art. 151, CTN, em autorizar suspensão da exigibilidade nos termos da legislação específica a tanto, âmbito no qual não logra revelar a parte impetrante/apelada sobre onde a repousar comando expresso, capital, que, em sede de "revisão de débitos", tenha atribuído dita força ao debate contribuinte em torno do tema, por meio do invocado "pedido de revisão de débito".

3. Regida toda a temática em cena pela legalidade dos atos estatais, caput do art. 37, Lei Maior, bem assim pela estrita legalidade tributária, art. 97, CTN, não se amolda o conceito do fato, trazido a lume, ao da norma invocada em abrigo, pela parte impetrante.
4. De rigor se põe a reforma da r. sentença, para a denegação da ordem, nos termos da apelação, logo provendo-se ao apelo.
5. Provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminente Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00157 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0015399-10.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.015399-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : NAMOUR INCORPORACAO E CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADO : LUIS HENRIQUE NERIS DE SOUZA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO - CND - MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO AO PAES, CUJA DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA A NÃO DESFRUTAR DA DESEJADA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, AUSENTE CAPITAL ESTRITA LEGALIDADE A TANTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROVIDOS APELO E REMESSA OFICIAL

1. Carece de amparo no sistema a intenção por emissão sequer de CPEND, como postulada.
2. Explícito o inciso III, do art. 151, CTN, em autorizar suspensão da exigibilidade nos termos da legislação específica a tanto, âmbito no qual não logra revelar a parte impetrante/apelada sobre onde a repousar comando expresso, capital, que, em sede de PAES, tenha atribuído dita força ao debate contribuinte em torno do indeferimento a retratado mecanismo parcelador.
3. Regida toda a temática em cena pela legalidade dos atos estatais, caput do art. 37, Lei Maior, bem assim pela estrita legalidade tributária, art. 97, CTN, não se amolda o conceito do fato, trazido a lume, ao da norma invocada em abrigo, pela parte impetrante.
4. Imperativa a denegação da ordem, reformada a r. sentença, ausente reflexo sucumbencial diante da via eleita, provendo-se ao reexame e ao apelo.
5. Provimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, ressalvado entendimento, em sentido contrário, do Eminente Juiz Federal Convocado Dr. Wilson Zauhy, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00158 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016862-84.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.016862-1/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : DUMAFER IND/ DE AUTOPECAS LTDA

ADVOGADO : JOSE RENA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. REINCLUSÃO NO REFIS. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO DA EXCLUSÃO DO REFIS ATÉ MANIFESTAÇÃO DO FISCO SOBRE A ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL NO PREENCHIMENTO DE PEDIDO DE COMPENSAÇÃO.

1. O Delegado da Receita Federal é autoridade competente para responder mandado de segurança em que se pleiteia a reinclusão no REFIS, segundo orientação jurisprudencial já sedimentada no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP 829728, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 7/11/2008).
2. O feito encontra-se maduro para julgamento, devendo ser aplicada à espécie a inteligência do artigo 515, § 3º do CPC.
3. Informa a impetrante que não deixou de pagar as parcelas do REFIS, tendo cometido erro material no preenchimento de documento de compensação tributária, objeto de recurso administrativo em fase de apreciação pela autoridade fiscal.
4. Não havia, assim, situação concreta que permitisse à autoridade a exclusão da impetrante dos favores do REFIS, sem antes apreciar suas razões em busca de justificar o pagamento do parcelamento.
5. Apelação provida para afastar a sentença de extinção do feito e, no mérito, julgar procedente o pedido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00159 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001933-37.2005.4.03.6103/SP
2005.61.03.001933-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : MARIANE MOYSES DE QUEIROZ ALVES
ADVOGADO : LINA TRIGONE
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - CÔNJUGE A DESEJAR, ATRAVÉS DE REFERIDA GARANTIA, EXCLUSÃO DE ARROLAMENTO SOBRE AUTOMÓVEL, AFIRMADO DE SUA EXCLUSIVA FAZENDA, NÃO DA DE SEU CÔNJUGE, DIANTE DO REGIME MATRIMONIAL ADOTADO - VIA OBJETIVAMENTE INADEQUADA - ACERTADO O SENTENCIAMENTO EXTINTIVO - IMPROVIMENTO AO APELO IMPETRANTE

1. O exame da plausibilidade jurídica implica na contextura das considerações seguintes.
2. Insta destacar-se não se consubstanciar o *mandamus* na ação adequada para apuração do núcleo de irresignação da impetrante, consistente na pretensa intenção de discutir titularidade de automóvel, a não ensejar inclusão do bem de exclusiva fazenda, não da de seu cônjuge, diante do regime matrimonial adotado, para garantia de dívida fiscal por ele contraída antes do casamento, como se este o campo apropriado.
3. O rito compacto, célere e impeditivo de dilação probatória, inerente ao mandado de segurança, impede sejam examinados, com profundidade essencial, os elementos vitais ao ora intentado, o que se verifica, com propriedade, por meio do processo cognitivo, âmbito no qual se enseja plena produção probatória, em consagração máxima, até, aos postulados da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LV, CF).
4. Calca-se a dedução do *mandamus*, em sua essência, para prosperar, na revelação de certeza fática, condutora da presunção ou não da liquidez de direito invocada.
5. Ainda que vício(s) pretenda afirmar e provar a ora impetrante, a tanto não equivale o instrumento da ação de mandado de segurança, incumbindo à impetrante valer-se da via cognitiva pertinente, palco próprio para o debate almejado, tal qual se lhe assegura nos termos da segunda parte, do artigo 15, da Lei 1.533/51, vigente ao tempo dos fatos e, atualmente, art. 19, da Lei 12.016/2009.
6. Por incompatível a via eleita com o quanto deduzido, em seu exame nuclear, de rigor se apresenta o indeferimento ao pleito veiculado.

7.Acerta a r. sentença em constatar a inadequação da via ao desiderato em pauta, incompatível com o instrumento agitado, art. 1º, da Lei nº 1.533/51, vigente ao tempo do ajuizamento, artigo 1º, da nova LMS 12.016/2009 e art. 5º inciso LXIX, da Lei Maior.

8.Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00160 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0003359-66.2005.4.03.6109/SP

2005.61.09.003359-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : INDS/ REUNIDAS DE BEBIDAS TATUZINHOS 3 FAZENDAS LTDA
ADVOGADO : MARIA EDNA DE SOUZA FERRAZ
: VANESSA JARROUGE GORDILHO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
: VANESSA JARROUGE GORDILHO
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE PIRACICABA SP

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - NÃO-CUMULATIVIDADE - INSUMOS NÃO-TRIBUTADOS E/OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO E OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA - CREDITAMENTO: IMPOSSIBILIDADE - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA

1.Nos termos do art. 153, § 3º, inciso II, da CF, representa a não-cumulatividade a autorização para que se compense o montante pago em operação anterior em relação à operação seguinte, dentro do âmbito de ciclo produtivo em que intervêm tributos indiretos como IPI e ICMS.

2.Disciplina a respeito também o CTN em seu artigo 49, de maneira até mais completa, explicitando deva a dedução ocorrer quanto ao que pago relativamente aos produtos entrados no estabelecimento do contribuinte.

3.Assentam-se as preocupações constitucional e legal em respeitar oneração já ocorrida, a fim de que mais gravosa ainda não se torne a tributação incidente sobre a operação subsequente, permitindo a dedução daquela cifra efetivamente desembolsada.

4.Centrando-se a operatividade da força tributante em comandos constitucionais e em disposições legais decorrentes, observa-se deseja a parte impetrante, com sua tese, creditar-se ou ao menos beneficiar-se, em operação futuramente onerosa, quanto a valores que não incidiram sobre o seu acervo, pois que relativos a situações que não ensejaram tributação, por força de isenção, não-tributação ou de regime de alíquota zero.

5.Em necessária vulgarização aparente a respeito, intenta a pretensão deduzida desafiar a sábia máxima, sim, de que "o nada, nada gera". Precedentes.

6.Sem qualquer amparo, de fato, desde o Texto Constitucional, a postulação apresentada, pois que não está a sofrer a parte impetrante qualquer gravame hábil a impulsioná-la em pretensões dedutivas ou creditoras constitucionalmente autorizáveis somente para hipótese inversa, oposta, de efetiva oneração prévia.

7.Pelos mesmos motivos expostos, também não há de se falar em direito ao crédito de IPI relativo à energia elétrica consumida no processo produtivo, consoante a v. jurisprudência infra. Precedentes.

8.Incabível o invocado/sustentado direito ao creditamento do IPI, prejudicados demais temas suscitados.

9.Improvimento à apelação contribuinte e provimento à apelação fazendária, bem assim ao reexame necessário Reforma da r. sentença. Improcedência ao pedido, ausente sujeição honorária sucumbencial, face à via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação contribuinte e dar provimento à apelação fazendária, bem assim à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00161 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002995-88.2005.4.03.6111/SP
2005.61.11.002995-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : DISTRIBUIDORA DE VEICULOS POMPEIANA LTDA
ADVOGADO : MARCIO ANTONIO DA SILVA NOBRE e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO - INCONFORMISMO (DE 2002) EM DENEGAÇÃO RESTITUTÓRIA OFERTADO ANTES DA POSITIVAÇÃO (EM 2003) EM LEI COMO CAUSA SUSPENSIVA (REDAÇÃO DO ART. 74, LEI 9.430/96, ALI EM 2002, A NÃO ATRIBUIR CONDÃO SUSPENSIVO) - AUSENTE ESTRITA LEGALIDADE - DENEGAÇÃO DA ORDEM - IMPROVIMENTO AO APELO IMPETRANTE

1. Assentado no Texto Constitucional o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.
2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.
3. Consoante decorre de toda a instrução colhida ao longo do feito e muito bem depreendida pelo E. Juízo prolator da sentença, realmente, quando postulada uma inicial restituição de afirmado indébito, lá na data de 12/03/2002, tanto quanto quando ofertado inconformismo com a denegação, em 09/10/2002, sequer reunia este gesto o condão suspensivo da exigibilidade, *ex vi* do próprio art. 74, Lei n. 9.430/96, redação vigente àquele tempo (suas alterações principiaram pela MP nº 135, de 30/10/2003, convertida depois na Lei n. 10.833/2003), com coerência firmou a Administração o indeferimento a dito pleito em mérito.
4. Mais grave ainda - e aqui todo o centro nevrálgico da controvérsia - não atribuiu o ordenamento, diante do indeferimento a pleito restitutivo, conforme informado pela autoridade impetrada, exatamente como o do caso vertente, qualquer causa suspensiva da exigibilidade para eventual insurgência a tanto, a seu tempo.
5. Revela-se manifesto o inteiro acerto da r. sentença proferida, o que ora também se ratifica.
6. Engolfa-se a parte contribuinte, *data venia*, no inafastável eixo da estrita legalidade tributária, diante dos fatos trazidos a lume.
7. Sob qualquer dos ângulos em que se analise a questão, põe-se sem razão a parte originariamente demandante, aqui apelante, em seu afã emissor de Certidão.
8. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00162 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002119-12.2005.4.03.6119/SP
2005.61.19.002119-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : VAKUUM TECHNIK COM/ E SERVICOS LTDA
ADVOGADO : OSMAR PESSI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ATO DE EXCLUSÃO. PRAZO DECADENCIAL. NÃO DECORRIDO. EMPRESAS LIGADAS AO RAMO DE INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE AR CONDICIONADO.

AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO COM QUALQUER PROFISSÃO CUJO EXERCÍCIO DEPENDA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL. DIREITO À REINCLUSÃO.

1. Impugnado o ato declaratório de exclusão do SIMPLES, o prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança deve ser contado da data de intimação da decisão que julga a impugnação. Decadência afastada.
2. A atividade básica da autora - instalação e manutenção de ar condicionado - não diz com serviços profissionais de engenharia e nem se relaciona à prestação de serviços ligados a profissão cujo exercício dependa de regulamentação legal, daí não se sujeitar ela à vedação contida no inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.316/96. Precedente dos tribunais.
3. Apelação provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da recorrente para julgar procedente o pedido inicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00163 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000797-48.2005.4.03.6121/SP

2005.61.21.000797-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : ZEVAL ZELADORIA E PRESTACAO DE SERVICOS LTDA
ADVOGADO : SERGIO RICARDO MARQUES GONÇALVES e outro

EMENTA

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL COFINS/PIS - VIGÊNCIA DA LEI 9.718/98 A ANTECEDER A DA EC 20/98, IMPONDO FOSSE AQUELE DIPLOMA, COM A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS E DECORRENTE CRIAÇÃO DE NOVA FONTE DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL, INTRODUZIDO POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR, IMPRATICADA -PACIFICAÇÃO PELO E STF - LEGITIMIDADE DO REGRAMENTO ORIUNDO DAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03, INCLUSIVE EM SUA PRÉVIA VEICULAÇÃO RESPECTIVAMENTE PELAS MP 66/02 E 135/03 (PÓS EC 20/98) - PARCIAL CONCESSÃO DA SEGURANÇA

1.Busca o presente julgamento harmonizar-se com entendimento assentado em 2006, pelo Excelso Pretório (RE-390840 e RE-346084), no sentido da ilegitimidade da Lei 9.718/98, em seu mister de introduzir mudanças no ordenamento atinente às contribuições PIS e COFINS, assim reformulando este Relator convencimento até então formulado a respeito.

2.Submetido a critério de *numerus apertus* o elenco de contribuições de custeio da Seguridade Social - CSCSS, desde que atendidos os requisitos do § 4o. do art 195, a criação de novas figuras limpidamente remete dito preceito aos supostos basilares da competência residual para impostos federais, dentre os quais avultando o imperativo formal do uso de lei complementar.

3.Em que pese o advento da EC 20/98, de 15.12.98, ter promovido o dilargamento das hipóteses já no próprio art. 195, CF, com o nítido propósito de se simplificar o processo de tributação, a impor lei ordinária para tal missão, consoante inciso I do art. 150, CF, assim até acertado se encontraria o uso da própria Lei 9.718/98, acaso esta tivesse surgido no mundo jurídico após o império das modificações introduzidas por meio da EC 20, perante a qual, então e sim, não estaria aquele diploma a criar novas figuras de contribuição social.

4.Confessa o próprio art. 17 da Lei 9.718/98 a inadmissibilidade formal com que veio ao mundo: embora ficando anterioridade nongentésima, inciso II, fixou seu caput vigência imediata.

5.Significando vigência a formal aptidão da norma para produzir efeitos, naquele momento, novembro/98, o ordenamento constitucional não contava com a dicção constitucional introduzida para o PIS e para a COFINS por meio daquele diploma de emenda, de tal arte a que somente a tanto se admitisse por meio de lei complementar.

6.Nem se está aqui a debater sobre o sepultado tema da força ou essência de lei ordinária da própria LC 70/91, em si, instituidora da Cofins e que surgida/produzida fôra num ambiente de equívoco, no qual desnecessária a utilização de lei complementar.

7.O ponto em debate, aqui, tem mui maior profundidade e se pauta por inafastabilidade, em sua nocividade aos contribuintes : aquilo que a Lei Maior impunha, ao tempo da vigência da Lei 9.718, em questão, não foi pelo Congresso Nacional cumprido, fulminando de inconstitucionalidade, por decorrência, referida missão inovadora. Desse modo, de rigor o afastamento do conceito de base de cálculo trazido pela Lei 9.718/98.

8.O ordenamento advindo das Leis 10.637/02 e 10.833/03, respectivamente decorrência da Medida Provisória - MP 66/02 e da 135/03, nos ângulos atacados, não suporta a motivação contribuinte irresignadora, em questão.

9.Cuidando-se de contribuições já consagradas/autorizadas em sua edição pela original redação do Texto Supremo, art. 195 e 239 - aqui para os que também litigam em torno do PIS - não se sustenta o (correntemente) desejado ataque ao comparativo ditame emanado do art. 246, Lei Maior, a disciplinar objetivamente figuras diversas, máxime por não ter a EC 20/98 "criado/inventado" qualquer novo tributo, na esfera aqui em discussão.

10.A edição de prévia MP, com sua posterior aprovação congressual/conversão em lei, atende ao primado da estrita legalidade tributária, inciso I, do art. 150, do Texto Supremo, exatamente como se deu através das Medidas e Leis em tela.

11.Pacificado resta a se contar a temporal distância da anterioridade a partir da original edição da Medida Provisória, assim o vaticinando a v. Súmula 651, E. STF.

12.Ao afetar a guerreada tributação todo um uniforme colegiado contribuinte, como o em pauta, veemente a obediência ao dogma isonômico, inciso II daquele mesmo art. 150, tanto quanto sem substrato de tomo a amiúde aventada incapacidade contributiva, § 1º, do art. 145, da mesma Carta Política, pois equânime/objetivamente sopesada a tributação em foco.

13.Sem sucesso desejada "imposição" de lei complementar, § 4º, art. 195, CR, pois contribuições as em tela já oriundas da original redação da Lei Maior, por seu mesmo art. 195 e por seu art. 239, aqui aos debates que também alcancem ao PIS.

14.Posteriores ao advento da EC 20/98, legítimas as Leis 10.637/02 e 10.833/03, a fim de ampliar o conceito de base de cálculo. Precedentes.

15.Parcial provimento à apelação fazendária e à remessa oficial, a fim de se reconhecer a legitimidade da incidência do PIS e da COFINS, com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, reformando-se em parte a r. sentença - que assim mantida unicamente no tocante à Lei 9.718/98, por sua ilicitude - ausente sujeição sucumbencial, face à via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00164 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0804136-68.1998.4.03.6107/SP
2006.03.99.005975-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : JURUENA AGROPECUARIA E PARTICIPACOES LTDA e outros
: DOMINGOS MARTIN ANDORFATO
: CLARICE GUELFY MARTIN ANDORFATO
ADVOGADO : MAGDA CRISTINA CAVAZZANA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
No. ORIG. : 98.08.04136-1 2 Vr ARACATUBA/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO (PROCURADOR SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL A SER DE FORA DOS QUADROS DA CARREIRA) - SUPERAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

1.Com relação à representatividade da Fazenda Pública, sequer se necessita adentrar ao plano de afirmados vícios : ocupada por exercente de cargo em confiança, da Administração Pública, o múnus procuratório alvejado restou por reconhecido/ratificado, em sua legitimidade, por ato posterior, dos Procuradores de Carreira, assim sanando qualquer vício a respeito. Precedentes.

2.Provimento à apelação e à remessa oficial, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência à exceção de pré-executividade, a título sucumbencial unicamente incidente o encargo previsto no Decreto-Lei 1.025/69.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00165 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0020991-79.1998.4.03.6100/SP
2006.03.99.009351-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : CIA SUZANO DE PAPEL E CELULOSE
ADVOGADO : HAMILTON DIAS DE SOUZA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 98.00.20991-3 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE INDENIZAÇÃO AO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO (AITP). LEI 8.630/93. IMPORTADOR OU EXPORTADOR. SUJEITOS PASSIVOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECRETO 1035/93. REGULAMENTO QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA LEI.

1. A Jurisprudência do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ao interpretar a Lei n. 8.630/93, assentou entendimento no sentido de que "o adicional de indenização do Trabalhador Portuário Avulso (AITP), não pode ser cobrado do importador ou exportador", vez que "somente o 'operador portuário' é contribuinte do AITP" e que "o Decreto 1.035/93, ao instituir outros responsáveis pela exação, ainda que por equiparação, extrapolou dos limites da Lei 8.630/93, por ele regulamentada, ofendendo o princípio da legalidade" (CTN, art. 97, III)".

2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00166 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033443-83.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.033443-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : CONSTRUTORA TAPAJOS LTDA
ADVOGADO : FERNANDO LUIS DE ALBUQUERQUE
No. ORIG. : 05.00.00014-6 A Vr VOTUPORANGA/SP

EMENTA

CAUTELAR FISCAL ENQUANTO SOB TRAMITAÇÃO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCUTIDOR DO CRÉDITO - NÃO SE CUIDANDO DAS EXCEÇÕES DO ÚNICO PARÁGRAFO DO ARTIGO 1º, LEI 8.397/92, AUSENTE SUBSTÂNCIA AO PROPÓSITO FAZENDÁRIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO

1. Voltada a providência cautelar em foco para a fazendária proteção em momento no qual sequer superada a discussão administrativo-fiscal, como incontroverso, tanto quanto nem cogita a União das exceções autorizadas pelo único parágrafo do artigo 1º, Lei 8.397/92, realmente de todo o brilho e acerto o r. sentenciamento apelado.

2. Sequer certeza recai sobre o pretense débito em foco, enquanto sua formalização não se definitivizar nem mesmo na esfera governista, como na espécie, de sorte que o acautelamento ajuizado também avulta precoce/precipitado e, assim, sem substância. Precedentes.

3. Acarreta a decretação da medida postulada a indisponibilidade dos bens do contribuinte, assim frontalmente atingindo sua ampla defesa e seu direito de propriedade, sem antes haver certeza sobre a efetiva existência do débito.

4. Exprime a honorária sucumbencial, como de sua essência e assim consagrado, decorrência do exitoso desfecho da causa, em prol de um dos contendores, de tal sorte a assim se recompensar seu patrono, ante a energia processual dispendida, no bojo do feito.

5. Dado à causa o valor de R\$ 67.438,98, objetivamente escoreito o *quantum* fixado pelo E. Juízo *a quo*, a título sucumbencial, tendo sido observante aos ditames do retratado artigo 20, CPC, assim mantida se põe aquela cifra.
6. Improvimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, mantida a r. sentença, tal qual lavrada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00167 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002508-20.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.002508-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO

APELANTE : PASTIFICIO SANTA AMALIA S/A

ADVOGADO : MARCELO BRINGEL VIDAL

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITOS DE NEGATIVA E EXCLUSÃO DA RAZÃO SOCIAL DE TODOS OS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO - INADMISSIBILIDADE, PELO SISTEMA PROCESSUAL, DA SATISFATIVIDADE CAUTELAR BUSCADA - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Incumbe enfatizar-se sobre a índole do processo cautelar, o qual se traduz no mecanismo de obtenção de uma providência assecuratória da subsistência e conservação, material e jurídica, de um bem.
2. Realça-se o cunho provisório e instrumental da cautelar, pois dura até que fato superveniente a torne desnecessária ou que a medida definitiva a substitua, existindo não com finalidade própria, mas em função de outro processo.
3. Como pressupostos de procedência, de mister, como consagrado, estejam presentes, na relação processual invocada, o perigo da demora e a fumaça do bom direito.
4. No caso em tela, busca a parte demandante, ora apelante, provimento jurisdicional que determine a obtenção de Certidão Positiva de Débito com efeitos de Negativa e exclusão da razão social de todos os órgãos de restrição de crédito, de tal arte que a aqui denominada cautelar inominada desafia insustentavelmente diversos postulados processuais do ordenamento.
5. Impõe a parte final do art. 796, CPC, guarde a cautelar postulada dependência em relação ao feito principal, portanto denotando-se o cunho acessório/instrumental a sempre notabilizar tais intentadas providências.
6. Eventual provimento jurisdicional concessivo da medida aqui vindicada teria o caráter nitidamente satisfativo e, assim, desatenderia àquele elementar tom instrumental inerente à cautelar, cuja finalidade é garantir o resultado útil da ação principal.
7. Busca a parte apelante por medida cautelar objetivamente satisfativa, o que sem amparo no ordenamento e a somente confirmar o acerto da r. sentença recorrida, a qual observante à legalidade processual, inciso II, do art. 5º, CF, e art. 126, CPC, assim aqui mantida por sua conclusão e segundo os fundamentos ora lançados, prejudicados demais temas suscitados, via de consequência.
8. Improvimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO

Juiz Federal Convocado

00168 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0009628-17.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.009628-6/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado SILVA NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : PAULITEC CONSTRUCOES LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE RAMOS ALBUQUERQUE e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO - ANGULAÇÕES FÁTICAS A CORRESPONDEREM AO FIGURINO DO ART. 206, CTN - CONCESSÃO DA ORDEM ACERTADA - IMPROVIDOS APELO E REMESSA OFICIAL

1. Assentado no Texto Constitucional o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, alínea "b"), clara se revela a classificação das certidões tributárias entre as espécies, quais sejam as puramente negativas, as puramente positivas e as negativas por equiparação legal, também consagradas como positivas com efeito de negativa, isto na forma do art. 206 do CTN.
2. Prescreve cuidar de certidões puramente negativas o art. 205 do mesmo Estatuto: por conseguinte e evidentemente, acesso a esta terá todo aquele que revelar a inexistência de débitos, perante o Estado.
3. Consoante decorre de toda a instrução colhida ao longo do feito e muito bem depreendida pelo E. Juízo prolator da r. sentença, a própria Administração reconhece a regularidade fiscal do impetrante, conforme a União em seu apelo, relativamente ao débito parcelado junto ao REFIS, tanto quanto em suficiência intervindo a Delegacia Regional do Trabalho, no sentido da quitação dos outros três débitos com estímulo de pagamento em metade da multa, inexistindo, assim, impedimento que justifique a recusa, pela impetrada, em fornecer a requerida Certidão.
4. Revela-se manifesto o inteiro acerto da r. sentença proferida, ao assegurar o adequado rumo ao pleito de CPEND.
5. Improvimento à apelação e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

SILVA NETO
Juiz Federal Convocado

00169 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0011451-26.2006.4.03.6100/SP
2006.61.00.011451-3/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : ADRIANA DE LUCA CARVALHO e outro
APELADO : COOPERATIVA DE ECONOMIA E CREDITO MUTUO DOS MEDICOS E DEMAIS
PROFISSIONAIS DA AREA DE SAUDE DE PINDAMONHANGABA UNICRED DE PINDAMONHANGABA
ADVOGADO : LILIANE NETO BARROSO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 20 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. COOPERATIVA DE CRÉDITO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE ATOS COOPERATIVOS PRÓPRIOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. As contribuições PIS e COFINS não incidem sobre o resultado advindo dos atos cooperativos próprios das cooperativas de crédito. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça (RESP 616.219 E RESP 591.298).
2. Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy
Juiz Federal Convocado

00170 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0017824-39.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.017824-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ROBERTO HADDAD
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : CAMILA CASTANHEIRA MATTAR e outro
APELADO : DOROTHY LEPAGE DE CARVALHO
ADVOGADO : CLAUDIO DE BARROS GODOY SANDRONI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. CEGUEIRA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC.

1. O esgotamento da via administrativa não é pressuposto para o acesso à jurisdição, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República.
2. A moléstia cegueira está albergada pela norma isentiva integrada ao disposto no artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88, de modo que a demandante, servidora aposentada, faz jus à exclusão do crédito tributário (isenção), na forma da lei.
3. Tratando-se de repetição de indébito tributário, há incidência da Taxa Selic, a partir de janeiro de 1996, sobre o montante devido.
4. Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de novembro de 2010.
Paulo Sarno
Juiz Federal Convocado

00171 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002765-78.2007.4.03.6110/SP
2007.61.10.002765-5/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
APELADO : APPLAUSO VEICULOS LTDA
ADVOGADO : ALMERIO ANTUNES DE ANDRADE JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SOROCABA > 10ª SJJ> SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS. POSSIBILIDADE SEGUNDO CRITÉRIOS DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, somente a partir do término do prazo conferido para essa prática é que tem início o curso do lapso prescricional, entendido portanto como sendo os primeiro cinco (5) anos contados do recolhimento indevido ou a maior e os cinco (5) anos seguintes após o último dia destinado ao Fisco, no caso de homologação tácita, ou do momento em que ocorrer efetivamente a homologação, se anterior ao curso desse prazo. Orientação reafirmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça para os tributos recolhidos anteriormente à edição da Lei Complementar nº 118/2005.
2. O Egrégio Supremo Tribunal Federal assentou posição sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS, promovida pelo parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (Recursos Extraordinários nºs. 357950, 390840, 358273 e 346084).
3. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação. Hipótese dos autos em que o ajuizamento da ação ocorreu na vigência das Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, que permite a compensação do indébito com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, por iniciativa do contribuinte e mediante a entrega da respectiva declaração.

4. A aplicação de correção monetária e juros de mora sobre o indébito tributário há de ser assegurada, devendo incidir a Taxa SELIC, compreensiva de juros e correção monetária. (REsp nº 460.292, relator Ministro João Otávio de Noronha, in DJ de 2/8/2006, pág. 243).

5. Remessa oficial e apelação da União Federal improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

00172 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012737-53.2008.4.03.6105/SP

2008.61.05.012737-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Wilson Zauhy
APELANTE : KARCHER IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CREDITAMENTO REALIZADO COM AS ALÍQUOTAS ANTIGAS.

1. A Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal sedimentou-se no sentido de que não há ilegalidade nas regras de transição estabelecidas no sentido de que as mercadorias já em estoque quando da edição das Leis ns. 10.833/03 e 10.637/02 devem ter o creditamento efetuado de acordo com as alíquotas antigas - 0,65 e 3%.
2. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Wilson Zauhy

Juiz Federal Convocado

Boletim Nro 2846/2010

00001 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004432-89.1999.4.03.6107/SP

1999.61.07.004432-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO
EMBARGANTE : BORTOLOCI E CIA LTDA
ADVOGADO : ALESSANDRO AMBROSIO ORLANDI
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS. ART. 535, CPC. INOBSERVÂNCIA. PRECEDENTES. REJEIÇÃO.

1. Inexistindo no Acórdão embargado obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, ausentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

2. Ferindo os Embargos questão meritória, revestindo-se, mais, de nítido caráter infringente, não se subsumem aos requisitos alinhados na lei processual. Precedentes (STF: AI-AgR-ED 600755/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence DJU 26.6.07; AI-AgR-ED 600657/PB, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 3.8.07).
3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de setembro de 2010.
Salette Nascimento
Desembargadora Federal

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

Expediente Nro 7327/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004827-48.1998.4.03.6000/MS
2000.03.99.023972-8/MS

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : SEBASTIAO HUGO VALADARES
ADVOGADO : MANOEL JOSE DE ARAUJO AZEVEDO NETO
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
No. ORIG. : 98.00.04827-8 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta face aos termos de sentença que julgou improcedente pedido de condenação da ora apelada a proceder à reintegração do autor aos quadros das Força Aérea Brasileira, com a conseqüente promoção ao posto de Suboficial e passando-o imediatamente para a reserva remunerada, condenando-se, outrossim, a ré ao pagamento dos vencimentos em atraso, desde o licenciamento, mais R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a título de indenização por danos morais .

O Juízo *a quo* reconheceu a ocorrência da prescrição em relação aos alegados direitos do autor, declarando extinto o processo, com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV do CPC.

Deixou de condenar o autor ao pagamento de custa e honorários advocatícios, em razão da gratuidade da justiça.

Em suas razões recursais, em síntese, o apelante menciona que foi licenciado por força da Portaria nº 1.104/64, se insurgindo contra o reconhecimento da prescrição quinquenal e pugnando pela reforma do julgado.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

O apelo não merece provimento.

Desde a promulgação da atual Constituição em 05 de outubro de 1988, poderia o autor procurar o Judiciário para pleitear os direitos aos quais se julga titular, em face da situação criada pela questionada Portaria nº 1.104/64, sendo que desde outubro de 1988, então, teriam o prazo de cinco (05) anos, estipulado pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, para discutir em juízo o direito reclamado.

Da análise dos autos se verifica que SEBASTIÃO HUGO VALADARES foi incorporado à Força Aérea Brasileira em 03/02/64 e licenciado em 11/07/68. O apelante poderia ter recorrido ao Poder Judiciário, para pleitear os seus supostos direitos, mas não o fez e a simples alegação de cerceamento de defesa não é suficiente para elidir a incidência da

prescrição. Dessa forma, o início dos prazos prescricionais para se ajuizar a ação com o objetivo de desconstituir os atos de exclusão dos mesmos, começa a partir da data do respectivo ato.

E na melhor das hipóteses, para o apelante começou a fluir o prazo prescricional a partir de outubro de 1988.

O apelante foi licenciado por força da Portaria nº 1.104/64, de 14 de outubro de 1964, sendo que desde outubro de 1988, então, teria o autor o prazo de cinco (05) anos, estipulado pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, para discutir em juízo o direito do qual se julga titular.

Tendo somente ajuizado a ação em 02 de outubro de 1998 (fl. 02), quando já havia transcorrido mais de nove (09) anos, sem que se tenha efetuado qualquer postulação administrativa, pelo que consta dos autos, para que fosse interrompida a prescrição.

O Juízo *a quo* reconheceu o argumento de prescrição levantado pela Ré em sua contestação. Com acerto, pois, essa "causa extintiva" do direito de ação, efetivamente ocorreu, ficando prejudicado o exame do mérito da ação propriamente dito.

Ante o ajuizamento da ação apenas em 1998, total incidência reclama o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, estabelecendo que "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram."

Bastando a certeza dos efeitos concretos decorrentes da inatividade, encerrando-se a relação havida entre o apelante e a União sem que lograsse o apelante obter o direito que apenas agora reclama, fazendo incidir a prescrição depois de cinco anos de tal data, consoante pacífica jurisprudência de que constituem exemplos os seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DE SÃO PAULO. LC N°S 180/78, 247/81, 318/83. ENQUADRAMENTO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

- Em recentes decisões e em situações absolutamente semelhantes tem este Superior Tribunal de Justiça se pronunciado no sentido de ocorrer a prescrição do próprio fundo de direito, se o pleito que visa reconhecer vantagem pecuniária envolve, previamente, a revisão de enquadramento funcional requerida após o quinquênio legal (Decreto 20.910, §1º).

- Recurso conhecido, mas desprovido." (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 142.230/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 24 de agosto de 1998, p. 96).

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. CAPITULAÇÃO.

DESNECESSIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. MILITAR. REFORMA. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

Conforme precedente, "...a regra contida no §4º, do art. 20, do CPC não exclui a observância do disposto no §3º, muito ao contrário, guardam estreita e perfeita sintonia..." (AgRg no RESP 249.440/RS, Rel. Min. Gilson Dipp). Violação ao art. 535 do CPC não caracterizada.

A reforma do militar se deu em 1968 e a ação, buscando a promoção, somente foi ajuizada em 1989, atingindo a prescrição o próprio fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.

Afastada a incidência, no caso, do art. 169, I, do Código Civil.

Recurso parcialmente provido para declarar prescrito o direito pleiteado." (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 224.876/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 29 de outubro de 2001, p. 235).

"ADMINISTRATIVO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE DE PERCENTUAL DE 11,98%. PRESCRIÇÃO.

1. Apelante que exerceu o cargo de Juiz Classista, no período de 27.06.1996 a 26/09/1999 e que recebera o percentual de 11,98% referente à conversão da URV até março de 1998, pagamento que findou sendo suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Pretensão de ver reconhecido o direito à percepção do referido percentual, no período de março de 1998 a setembro de 1999, data do seu desligamento da Justiça Obreira.

2. Não se cuidando de relação de trato sucessivo, eis que houve a extinção do vínculo que o Apelante mantinha com a Justiça do Trabalho, descabe aplicar à hipótese, o disposto na Súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça.

Incidência do disposto no artigo 1º, do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, que regula a prescrição dos débitos da Fazenda Pública.

3. Pretensão deduzida em Juízo, que se acha alcançada pela prescrição. Feito que foi aforado em 12.11.2004, quando já haviam decorrido mais de cinco anos da extinção do vínculo que o Apelante mantinha com a Justiça do Trabalho. Apelação improvida."

(Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AC nº 974.020/PE, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, publicado no DJ de 19 de junho de 2007, p. 116).

Logo, atingido o direito pela prescrição, descabe adentrar ao mérito do debate a respeito do suposto direito à reintegração do autor aos quadros das Força Aérea Brasileira, baseado nos benefícios da anistia, instituída pelo artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devendo o apelo ser desprovido, sob o mesmo fundamento da ocorrência da prescrição.

Posto isso, com fundamento no artigo 557 do Código de processo Civil, nego seguimento ao apelo, declarando prescrito o direito de ação.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016080-93.2000.4.03.6119/SP
2000.61.19.016080-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : EDUARDO PAGLIARO
ADVOGADO : MARCIA CRISTINA JARDIM RAMOS
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária, movida por EDUARDO PAGLIARO em face da União Federal, objetivando, na condição de cabo da Força Aérea Brasileira, o reconhecimento de seu direito a ser promovido à graduação de Terceiro-Sargento e assim sucessivamente, obedecendo-se aos interstícios legais e à data de conclusão do curso de segundo grau, na forma como são concedidas as promoções às integrantes do Quadro Feminino de Graduados (QFG) por força da Portaria nº 120/GM3/84, e também nas mesmas datas. Pretende, ainda, sua inclusão no Quadro de Sub-Oficiais e Sargentos do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica, com o uso de brevês, distintivos, medalhas, divisas, etc., previstos para esse Quadro, em respeito ao princípio constitucional da isonomia, além do pagamento de todas as vantagens pecuniárias decorrentes das promoções a que tiver direito.

Relata que o Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica (CFRA) foi instituído pela Lei nº 6.924, de 29 de junho de 1981 e, por força da edição da Portaria nº 120/GM3/84, os cabos femininos que possuíam o segundo grau completo, com a simples apresentação do respectivo certificado, foram promovidos a Terceiro-Sargento, auferindo as vantagens econômicas daí decorrentes.

Posteriormente, foram também promovidos a Segundo e a Primeiro-Sargento nos moldes do disposto no artigo 58 do Regulamento do Corpo de Graduados da Aeronáutica. No entanto, o autor, por ser do sexo masculino, não se beneficiou de tais promoções, permanecendo como cabo da Aeronáutica.

Entende que ocorreu ofensa ao princípio da isonomia, pois a Portaria em questão estabeleceu acesso direto dos cabos femininos ao posto de Terceiro-Sargento mediante a simples apresentação do certificado de conclusão do curso de segundo grau, com a participação em exames no próprio local de trabalho, de modo que, na realidade, não se submetem a concurso público nem a exame.

O demandante requereu que lhe fosse concedido o mesmo direito, mas o pedido lhe foi negado. Assim, não lhe restou alternativa senão recorrer ao Judiciário, para ver sanada irregularidade que discrimina os cabos do sexo masculino. O autor, inconformado, recorre, pelas razões de fls. 111/115, aduzindo que foi a própria Lei nº 6.924/81, por seu artigo 12, em sintonia com o artigo 30 do Decreto nº 86.325/81, que determinou, no que diz respeito à promoção, fossem adotados os mesmos critérios e condições estabelecidos no Regulamento do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica, em obediência ao princípio da isonomia. Se a própria lei dispensou tratamento igualitário entre os cabos masculinos e femininos, no que tange às promoções, não poderia a Portaria nº 120/GM3/84 adotar critério distinto, como o fez, em ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da legalidade.

Com as contra-razões de fls. 119/128, subiram os autos a este E. Tribunal.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Insurge-se o apelante contra os critérios de promoção dos cabos da Força Aérea Brasileira, os quais diferem dos observados em relação aos cabos do sexo feminino - que reputa mais benéficos. Sustenta que há discriminação e que a legislação não distingue cabos femininos e masculinos, no que se refere à promoção.

Suas razões não merecem agasalho.

Com efeito, a carreira militar do corpo feminino da Aeronáutica foi criada pela Lei nº 6.924/81 e regulamentada pelo Decreto nº 86.325/81, que contém as diretrizes que regem os seus membros. Os militares do sexo masculino, por sua vez, são submetidos às normas da Lei nº 6.880/80 e do Decreto nº 92.577/86.

Cada um desses quadros tem natureza distinta e atribuições de funções diferenciadas, estabelecidas por leis específicas para os homens e as mulheres.

No que diz respeito à promoção, o artigo 20 do Decreto nº 880, de 23 de julho de 1993, com o objetivo de aprovar o Regulamento do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica, veio dispor :

Art. 20 - O CFS forma Sargentos de todas as especializadas, necessárias ao Ministério da Aeronáutica.

§ 1º - A conclusão do CFS, com aproveitamento, é requisito para a promoção à graduação de 3º Sargento.

Página 2

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

§ 2º - A precedência hierárquica do 3º Sargento é estabelecida em função da classificação final do CFS.

Já, a teor do artigo 28 do Decreto nº 881, de 23 de julho de 1993, que aprovou o Regulamento de Promoções de Graduados da Aeronáutica, as promoções a Terceiro-Sargento, Cabo e a Soldado-de-Primeira-Classe ocorrerão, após a conclusão, com aproveitamento, do Curso de Formação de Sargentos (CFS), CFC e do CESD, respectivamente. Da leitura atenta dos artigos transcritos, se deduz que inexistente previsão, com relação aos cabos do sexo masculino, de promoção mediante simples apresentação de diploma de conclusão do ensino médio (art. 20 do Decreto nº 880/03). Além do mais, o acesso direto dos mesmos à patente superior depende de aprovação, com aproveitamento, nos cursos de formação (CFS, CFC e CESD) - Decreto nº 881.

Especificamente em relação às mulheres, foi editada a Portaria nº 120/GM3/84, cujos artigos 1º e 2º dispõem :

...

Artigo 1º - autorizar o Comandante-Geral do Pessoal a baixar normas para a realização do exame de conhecimentos especializados para as atuais Cabos do QFG, que o requererem e comprovarem ter habilitação correspondente ao ensino de 2º Grau.

Artigo 2º - autorizar que as aprovadas no exame de que trata o artigo 1º desta Portaria sejam promovidas à graduação de Terceiro Sargento, satisfeitas as demais condições legais e regulamentares aplicáveis ao Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica. Ou seja, os cabos do sexo feminino devem se submeter a exame de conhecimentos especializados, para obterem sua promoção, bastando a prova de que tenham concluído o segundo grau, o que não ocorre com os membros do Corpo do Pessoal masculino da Aeronáutica.

Sendo diferentes as normas de regência, para cada caso, não se pode falar em discriminação nem na possibilidade de aplicação de legislação, própria dos integrantes do corpo feminino da Aeronáutica, para aos ocupantes de graduações do sexo masculino.

Diferenciadas as carreiras, a fixação de regras distintas não constitui agressão ao princípio da isonomia, inexistindo qualquer inconstitucionalidade no fato de se tratar desigualmente os militares submetidos a legislações diversas. O contrário - reconhecer-se ao apelante a promoção nos moldes que almeja - é que viria a configurar afronta à Lei Maior, ante a ausência de lei a lhe garantir o direito.

O entendimento já se pacificou no Supremo Tribunal Federal, como atesta o acórdão proferido, unanimemente, por sua Primeira Turma, no julgamento do Recurso Extraordinário 225.721-7/PE, em 22 de fevereiro de 2000, DJ 28.04.2000, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, que transcrevo :

ISONOMIA. ART. 5º, "CAPUT" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLÍCIA MILITAR. DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. PROMOÇÃO DE OFICIAL DO SEXO FEMININO EM VAGA DO QUADRO MASCULINO DA CORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A jurisprudência do STF tem admitido discriminações no provimento de cargos, desde que se legitimem como imposição da natureza e das atribuições da função.

O art. 5º da Lei nº 9.816/86, do Estado de Pernambuco, ao permitir a promoção de oficiais do sexo masculino em postos do quadro feminino, sem admitir a possibilidade inversa, não viola o princípio da isonomia, uma vez que se louva em distinção legitimada pela natureza das atribuições de cada um dos quadros de oficiais da corporação. Recurso extraordinário conhecido e provido.

No mesmo sentido o juízo proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 511.131-3/BA, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em 22 de março de 2005, publicado em 15 de abril de 2005 :

Promoção de militares dos sexos masculino e feminino : critérios diferenciados : carreiras regidas por legislação específica : ausência de violação ao princípio da isonomia : precedente (RE 225.721, Ilmar Galvão, DJ 24.04.2000).

Veja-se, ainda:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITARES DA AERONÁUTICA. CRITÉRIOS DIFERENCIADOS DE PROMOÇÃO PARA MILITARES DO SEXO FEMININO E MASCULINO : POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

I - A adoção de critérios diferenciados para a promoção de militares masculinos e femininos da Aeronáutica não ofende o princípio da isonomia, porquanto esses militares integram carreiras distintas, regidas por estatutos próprios. II - Agravo não provido.

(STF, 2ª Turma, AgRg no RE 316.882-7/PE, j. 20.09.2005, DJ 14.10.2005, Rel. Min. Carlos Velloso, v.u.).

O Superior Tribunal de Justiça adotou a orientação, como se depreende dos acórdãos que reproduzo :

ADMINISTRATIVO. MILITAR. LEI 6.880/80. PORTARIA 120/GM3/84. CABO DA AERONÁUTICA. ISONOMIA COM O CORPO FEMININO DA REFERIDA FORÇA. NÃO- CABIMENTO. ECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A Portaria Ministerial nº 120/GM3/84, que dispôs sobre a promoção de cabos do Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica, não viola o direito à promoção dos militares do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica, por se cuidar de Quadros regidos por legislações distintas. Incabível, portanto, a pretendida isonomia do corpo masculino com militares do corpo feminino.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 612035/RS, j. 06.03.07, DJ 19.0.07, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u.).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MILITAR. AERONÁUTICA. QUADRO FEMININO. PROMOÇÃO. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE.
Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, cristalizado no enunciado da Súmula 211/STJ, segundo o qual a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão subjulgado. Precedentes.

Tem esta Corte entendido ser inviável a concessão, sob o fundamento de isonomia, aos militares do quadro masculino da Força Aérea Brasileira - FAB, das promoções próprias do quadro feminino da referida corporação militar, por serem regidos por normas diversas.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 539436/BA, j. 15.02.07, DJ 26.03.07, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u.).

Nenhum direito socorre o demandante, portanto, sendo de rigor a manutenção do "decisum".

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de processo Civil, nego seguimento à apelação, mantendo a r. sentença, nos termos supracitados.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1505295-81.1998.4.03.6114/SP

2000.03.99.010453-7/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : JOAO NERY RIBEIRO e outro
: ARNALDO CARDOSO SILVA
ADVOGADO : INACIO VALERIO DE SOUSA e outro
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 98.15.05295-0 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido dos autores, quanto à reintegração destes às Forças Armadas, com a conseqüente transferência à inatividade, com todos os direitos decorrentes, sob fundamento de que houve a perda do direito de ação, por conta da prescrição. Condenou os autores ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 5% (cinco por cento) do valor da causa, atualizado.

Dessa decisão, interpuseram recurso de apelação os autores, sob fundamento de que têm direito, em tese, a fazerem o pedido constante nos autos, pois não há mais que se falar em prescrição do fundo de direito, porque os direitos estão previstos na Constituição Federal; e podem, a qualquer tempo, ser exercidos. Haveria, portanto, apenas prescrição quinquenal de parcelas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação. Asseveraram que o motivo da punição foi político, e não administrativo; beneficiados pela anistia, pugnam pela reforma do julgado.

Também a União interpôs recurso de apelo, ao pedir reconhecimento da prescrição no ano de 1964.

Contrarrazões apresentadas pelas partes

É o relatório.

DECIDO.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo abarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Os apelos não merecem provimento.

Desde a promulgação da atual Constituição em 05 de outubro de 1988, poderiam os autores procurar o Judiciário para pleitear os direitos aos quais se julgam titulares, em face da situação criada pelos seus desligamentos da Marinha de Guerra, sendo que desde outubro de 1988, então, teriam o prazo de cinco (05) anos, estipulado pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, para discutir em juízo o direito reclamado.

Afirmaram os apelantes que a Marinha de Guerra, após investigações sumárias sobre o pessoal militar da ativa, com base no artigo 7º do Ato Institucional nº 01/64, Decreto nº 53.897/64, artigo 97 do Decreto nº 9.500/46, sem observar a nova redação dada pela Lei nº 1585/52, e Exposição de Motivos nº 138/64, procedeu sem o direito de defesa ao desligamento do serviço ativo desses autores, sendo que tal ato teria motivação política, pois eles participaram de alguma forma de "acontecimentos políticos", durante o mês de março de 1964. Afirmam em resumo que teriam sido desligados em razão de terem participado da "Assembléia de Marinheiros", naquele referido ano.

No presente caso, os autores fizeram pedido para de retorno ou reversão ao serviço, indeferido em 09 de março de 1992; mas ajuizaram a ação somente em outubro de 1998 (fl. 02), quando já havia transcorrido mais de cinco (05) anos da postulação administrativa.

O Juízo *a quo* reconheceu o argumento de prescrição. Com acerto, pois, essa 'causa extintiva' do direito de ação, efetivamente, ocorreu, ficando prejudicado o exame do mérito da ação propriamente dito.

Dispõe o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram."

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello explica, com precisão, ao interpretar a súmula 443, do STF:

"...se o interessado postulou perante a Administração o direito àquela gratificação [exemplo do autor] e esta lhe negou tal direito, entendendo que o servidor não fazia jus a ela, uma vez decorridos cinco anos desta negativa, não haverá prestação alguma a ser postulada perante o Judiciário, porque prescreveu a ação relativa ao próprio direito concernente à gratificação." (*Curso de direito administrativo*, p.1058, 27ªed., Malheiros Editores, 2010)

Veja-se:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DE SÃO PAULO. LC NºS 180/78, 247/81, 318/83. ENQUADRAMENTO. Ocorrência da prescrição do fundo de direito.

- *Em recentes decisões e em situações absolutamente semelhantes tem este Superior Tribunal de Justiça se pronunciado no sentido de ocorrer a prescrição do próprio fundo de direito, se o pleito que visa reconhecer vantagem pecuniária envolve, previamente, a revisão de enquadramento funcional requerida após o quinquênio legal (Decreto 20.910, §1º).*
- *Recurso conhecido, mas desprovido.*" (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 142.230/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 24 de agosto de 1998, p. 96).

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. CAPITULAÇÃO. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. MILITAR. REFORMA. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

Conforme precedente, "...a regra contida no §4º, do art. 20, do CPC não exclui a observância do disposto no §3º, muito ao contrário, guardam estreita e perfeita sintonia..." (AgRg no RESP 249.440/RS, Rel. Min. Gilson Dipp). *Violação ao art. 535 do CPC não caracterizada.*

A reforma do militar se deu em 1968 e a ação, buscando a promoção, somente foi ajuizada em 1989, atingindo a prescrição o próprio fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.

Afastada a incidência, no caso, do art. 169, I, do Código Civil.

Recurso parcialmente provido para declarar prescrito o direito pleiteado." (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 224.876/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 29 de outubro de 2001, p. 235).

"ADMINISTRATIVO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE DE PERCENTUAL DE 11,98%. PRESCRIÇÃO.

1. Apelante que exerceu o cargo de Juiz Classista, no período de 27.06.1996 a 26/09/1999 e que recebera o percentual de 11,98% referente à conversão da URV até março de 1998, pagamento que findou sendo suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Pretensão de ver reconhecido o direito à percepção do referido percentual, no período de março de 1998 a setembro de 1999, data do seu desligamento da Justiça Obreira.

2. Não se cuidando de relação de trato sucessivo, eis que houve a extinção do vínculo que o Apelante mantinha com a Justiça do Trabalho, descabe aplicar à hipótese, o disposto na Súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça.

Incidência do disposto no artigo 1º, do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, que regula a prescrição dos débitos da Fazenda Pública.

3. Pretensão deduzida em Juízo, que se acha alcançada pela prescrição. Feito que foi aforado em 12.11.2004, quando já haviam decorrido mais de cinco anos da extinção do vínculo que o Apelante mantinha com a Justiça do Trabalho. Apelação improvida."

(Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AC nº 974.020/PE, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, publicado no DJ de 19 de junho de 2007, p. 116).

Logo, atingido o direito pela prescrição, descabe adentrar ao mérito do debate a respeito do suposto direito à reintegração dos autores aos quadros das Forças Armadas, baseado nos benefícios da anistia, instituída pelo artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devendo o apelo ser desprovido, sob o mesmo fundamento adotado pelo Juízo *a quo*.

Nessa linha, não procede o argumento da União, no sentido de que outro seria o prazo prescricional; o Decreto 20.910/32, o qual tem eficácia de lei (pois o Congresso estava fechado por determinação do 'governo'), é norma especial, prevalece diante das disposições gerais.

Posto isso, com fundamento no artigo 557 do Código de processo Civil, nego provimento aos apelos, declarando prescrito o direito de ação.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1004831-31.1995.4.03.6111/SP

2001.03.99.055944-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE ORIENTE
ADVOGADO : ALLAN KARDEC MORIS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 95.10.04831-3 2 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Oriente contra sentença de fls. 72/74, que julgou improcedentes os embargos à execução, condenando o apelante ao pagamento das custas processuais e da verba honorária de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Alega-se, em síntese, preliminarmente, ofensa ao art. 132 do Código de Processo Civil e, no mérito, inobservância do devido processo legal na esfera administrativa, esperando o apelante a anulação dos autos de infração (fls. 76/83).

Sem contrarrazões (fl. 87).

É o relatório.

Decido.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo açambarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

Não assiste razão à apelante.

O art. 132 do Código de Processo Civil não deve ser interpretado de forma absoluta, já que o próprio dispositivo comporta exceções, como a do caso dos autos:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL OBSTADO EM 2º GRAU - AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - SENTENÇA DE 1º GRAU - ALEGAÇÃO DE NULIDADE - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO MAGISTRADO (CPC, ART. 132) - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - JULGAMENTO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. I - O v. aresto a quo bem analisou a questão referente às exceções relativas à aplicação do princípio da identidade física do juiz (CPC, art. 132), entre elas inserido o afastamento por motivo de férias, período em que é possível ao sucessor proferir sentença cujas provas em audiência foram colhidas pelo magistrado que se acha afastado, não se verificando violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ônus que caberia à recorrente e do qual não se desincumbiu. O prejuízo que a recorrente afirma ter ocorrido seria de natureza intuitiva, e, sendo de tal índole, não há comprovação. Precedentes.

(...)

(AGA 200401414195, MASSAMI UYEDA, STJ - QUARTA TURMA, 22/10/2007)

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, tampouco assiste razão ao apelante. Percebe-se que o procedimento fiscal que deu origem ao auto de infração oportunizou à empresa a apresentação de diversos documentos. Ademais, correta a adequação normativa realizada pela fiscalização, que autuou o apelante justamente pela falta de apresentação de documentos, encontrando-se o respectivo auto de infração revestido da presunção legal de liquidez e certeza:

AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO - LEI Nº 8.212/91, ARTIGO 33, § 2º - INFRAÇÃO CARACTERIZADA - ALEGAÇÃO DE EXTRAVIO NÃO COMPROVADA DEVIDAMENTE - AUTUAÇÃO MANTIDA -

APELAÇÃO DESPROVIDA. I - A ação impugna o Auto de Infração nº 06970, de 28.04.1994, por infração ao artigo 33, § 2º, da Lei nº 8.212/91, pela falta de apresentação à fiscalização dos Livros Diários dos anos de 1984 a 1993. II - A falta de apresentação foi confirmada pela própria autora, a qual baseou sua defesa na alegação de que a falta foi justificada pelo extravio da documentação, sem que tenha agido de má-fé e sem qualquer prejuízo aos cogres do INSS que teria tido condições de examinar todos os demais documentos solicitados. III - Tratando-se de documentação contábil e fiscal da empresa, que é de interesse da fiscalização para apuração das contribuições previdenciárias devidas ao INSS e mesmo de infrações penais e tributárias que afetem seus interesses, a falta de apresentação da documentação mencionada no Auto de Infração caracteriza a infração descrita, a qual não deve ser desconstituída porque de fato a empresa autora não demonstrou de forma razoável a ocorrência do alegado extravio de documentos, pois a publicação em jornal local ocorreu somente de 21 a 23.02.94, ou seja, após o início da ação fiscal com a exigência da documentação aos 10.02.94 (TIAF), sem quaisquer elementos adicionais que dê crédito à sua alegação de extravio apenas dos Livros Diário e relativos aos 10 anos a que se referiria a fiscalização, estando plenamente legitimada, portanto, a sua autuação pela falta de exibição dos documentos. IV - Apelação da autora desprovida. (AC 97030071821, JUIZ SOUZA RIBEIRO, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO, 17/02/2009)

Ante o exposto, **NEGO SEGUIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo sem recursos, retornem os autos à origem, dando-se baixa na Distribuição. Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Heraldo Vitta
Juiz Federal Convocado

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027061-73.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.027061-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : LUIS CARLOS TOESCA e outro
: LINDINALVA SILVA DE OLIVEIRA TOESCA
ADVOGADO : ISIS DE FATIMA SEIXAS LUPINACCI
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA AUXILIADORA FRANCA SENNE e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por LUIS CARLOS TOESCA e OUTRO contra sentença que, nos autos do processo da **ação ordinária** ajuizada em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF, com o fim de rever o contrato de mútuo para aquisição da casa própria celebrado sob as regras do Sistema Financeiro Habitacional-SFH, bem como anular a execução extrajudicial do imóvel, **julgou os autores carecedores da ação e extinguiu o feito, sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil**, sob o fundamento de que, com a arrematação do imóvel, restou evidenciada a falta de interesse de agir dos autores. Não houve condenação ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios por serem beneficiários da Justiça Gratuita.

Sustenta a parte autora, em suas razões de apelo, que decisão está calcada na informação, unicamente da parte ré, de que houve adjudicação, porém, no item da inicial foi requerida a nulidade da execução extrajudicial, motivo pelo qual, não pode prevalecer o decreto de carência da ação. Prossegue, argumentando que a execução, nos termos do Decreto-lei nº 70/66, afronta os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

No tocante à arguição de incompatibilidade do Decreto-lei nº 70/66 com a Constituição Federal de 1988, sob o argumento de violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não pode ser acolhida, haja vista pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua constitucionalidade.

A Suprema Corte, na verdade, acabou se posicionando pela recepção do referido diploma legal pela nova ordem constitucional, sob o argumento de que o procedimento administrativo de execução do contrato de mútuo não afasta ou exclui o controle judicial, mesmo que realizado posteriormente, não impedindo que ilegalidades cometidas em seu curso possam ser sanadas e reprimidas pelos meios processuais cabíveis.

Veja-se o que restou decidido no RE nº 223.075-1 / DF (Relator Ministro Ilmar Galvão, j. em 23/06/1998, Primeira Turma, DJ 06/11/1998), *in verbis*:

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . DECRETO-LEI 70/66 . CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.

Conclui-se que o Decreto-lei nº 70/66 foi recepcionado pela atual Constituição Federal, sendo certo, ainda, que a edição da Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu a moradia dentre os direitos sociais, não teve o condão de revogá-lo, como já entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Note-se, ainda, que, quando o Pretório Excelso se posicionou pela constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, na verdade manteve a possibilidade de o agente financeiro escolher a forma de execução do contrato de mútuo firmado para a aquisição da casa própria, segundo as regras do Sistema Financeiro da Habitação: ou por meio da execução judicial ou através da execução extrajudicial. E tendo a parte ré optado pelo procedimento administrativo para promover a execução do contrato, não se pode aceitar a tese de violação ao artigo 620 do Código de Processo Civil, aplicável a execução judicial.

E depreende-se, do artigo 30 do Decreto-lei nº 70/66, que, nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, o agente fiduciário é a Caixa Econômica Federal-CEF, vez que, como sucessora do Banco Nacional da Habitação-BNH, age em seu nome.

Na verdade, a regra contida no artigo 30, § 2º, do referido decreto, segundo a qual o agente fiduciário para promover a execução extrajudicial deve ser escolhido de comum acordo entre credor e devedor, se aplica às hipotecas não compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação.

Nesse sentido, é o entendimento firmado por esta Egrégia Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL . SFH . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . PROCEDIMENTO . DECRETO-LEI Nº 70/66, ARTS. 31, 32, 34, 36 E 37 . INCLUSÃO DO NOME DO MUTUÁRIO EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

1. Assentada a premissa da constitucionalidade da execução extrajudicial, em conformidade com o entendimento dos Tribunais Superiores (STF, RE nº 223075 / DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23/06/98, DJ 06/11/98, p. 22; RE nº 287.453 / RS, Rel. Min. Moreira Alves, unânime, j. 18/09/01, p. 63; STJ, REsp nº 49771 / RJ, Rel. Min. Castro Filho, unânime, J. 20/03/01, DJ 25/06/01, p. 150), devem ser rigorosa e cuidadosamente cumpridas as formalidades do procedimento respectivo, aquelas decorrentes dos arts. 31, 32, 34, 36 e 37 do Decreto-lei nº 70, de 21/11/66.

2. Na pendência de ação judicial, não é admissível a inclusão do nome do mutuário em cadastro de proteção ao crédito.

3. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(AG Nº 2007.03.00.081403-2, QUINTA TURMA, REATOR. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, DJU 13/11/2007)

Destarte, reconhecida a validade da execução extrajudicial, que obedeceu as regras contidas no Decreto-lei nº 70/66, era de rigor a improcedência do pedido de nulidade do procedimento extrajudicial.

E, consumada a execução extrajudicial, com o registro em cartório da arrematação ou adjudicação do imóvel, não podem mais os mutuários discutir cláusulas do contrato de mútuo habitacional, visto que a relação obrigacional decorrente do referido contrato se extingue com a transferência do bem.

Esse, aliás, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

SFH . MÚTUO HABITACIONAL . INADIMPLÊNCIA . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . DECRETO-LEI Nº 70/66 . ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL . EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO . PROPOSITURA DA AÇÃO . AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

I. Diante da inadimplência do mutuário, foi instaurado procedimento de execução extrajudicial com respaldo no Decreto-lei nº 70/66, tendo sido este concluído com a adjudicação do bem imóvel objeto do contrato de financiamento.

II. Propositura da ação pelos mutuários, posteriormente à referida adjudicação do imóvel, para discussão de cláusulas contratuais, com o intuito de ressarcirem-se de eventuais pagamentos a maior.

III. Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, restando superadas todas as discussões a esse respeito.

IV. Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 prevê em seu art. 32, § 3º, que, se apurado na hasta pública valor superior ao montante devido, a diferença final será entregue ao devedor.

V. Recurso especial provido.

(RESP Nº 886150 / PR, PRIMEIRA TURMA, RELATOR MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, DJ 17/05/2007)

E, mesmo nos casos em que a ação é ajuizada antes da arrematação do imóvel, tenho que, encerrado o procedimento de execução extrajudicial, não mais subsiste o interesse dos mutuários quanto à discussão de cláusulas do contrato de financiamento, em razão da perda superveniente do objeto.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO . RECURSO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ARREMATÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

I - Da análise dos autos, destaca-se que o imóvel em questão já foi arrematado e alienado a terceiro, registrados no Cartório de Registro de Imóveis, onde consta a averbação da arrematação, o cancelamento a hipoteca (17/10/2006) e a venda do imóvel (28/11/2007).

II - Mister apontar que os agravados interpuuseram a ação originária em 01/06/2007, posteriormente à arrematação e cancelamento da hipoteca (17/10/2006), momento este em que não cabe a antecipação dos efeitos da tutela a impedir os efeitos da execução extrajudicial já concluída.

III - Ressalte-se que eventual nulidade da execução extrajudicial deverá ser analisada no decorrer da instrução processual, ou em ação própria, não sendo o caso do exame em sede de agravo, tendo em vista os elementos de prova constantes dos autos principais, devendo, com o retorno dos autos, ser analisado pelo juiz singular.

IV - Recurso provido.

(AC Nº 2008.03.00.015987-3, SEGUNDA TURMA, RELATORA DES. FED. CECÍLIA MELLO, J.16/09/2008, DJF3 03/10/2008)

No caso concreto, restou demonstrado o encerramento da execução extrajudicial, com o registro em cartório da arrematação do imóvel (fls. 22/26 e 165/167).

Desse modo, a parte autora é carecedora da ação, faltando-lhe interesse para agir, tendo em vista a arrematação do imóvel por parte da CEF, motivo pelo qual a extinção do feito, com amparo no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, era medida de rigor.

Diante do exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso da parte autora, a teor do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, considerando que está em confronto com a jurisprudência desta Egrégia Corte Regional e dos Egrégios Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032944-74.1997.4.03.6100/SP

2006.03.99.045352-2/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta

APELANTE : MARCIA FERNANDES e outros

: ELIANE RODRIGUES HIDALGO

: LIAMAR MOREIRA ROTHMAN

: REGINA MARIA PINTER DA SILVA

: ANGELA MARIA FOLLADOR

: MARTHA DA ROCHA PINHEIRO

: RITA DE FATIMA ALBANO

ADVOGADO : EDUARDO MARCIO MITSUI

APELADO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

No. ORIG. : 97.00.32944-5 2 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária em que MARCIA FERNANDES e outros movem em face do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, sucedido pela União Federal, que têm por pretensão a retificação de enquadramento dos autores, a partir de setembro de 1992 até janeiro de 1993, na classe "A", padrão "III", de que trata a Lei 8.460/92, uma vez que a partir de 01.01.1993, foram atendidos pela Lei n.º 8.627/93, incluindo-os na tabela de vencimentos do anexo II, a partir de 01.09.1992, tendo em vista o princípio da isonomia e do direito adquirido, assim como ao pagamento das diferenças entre o que pagou e o que deveria ter pago, desde 1º de setembro de 1992, com reflexos sobre todos os adicionais, gratificações e demais vantagens e a arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, a serem arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

A r. sentença julgou improcedente os pedidos dos autores, nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e as custas na forma da lei. Em suas razões, os apelantes em síntese repisam os argumentos tangenciados na inicial, aduzindo que a r. sentença deva ser anulada, pois não teria sido proferida sem fundamentação, deixando de apreciar o pedido referente à tabela utilizada como base para o cálculo da remuneração percebida pelos mesmos desde a edição da Lei n.º 8.460/92 até a data do recurso.

Subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

DECIDO.

O artigo 557, do CPC, possibilita o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente; ou seja, o dispositivo abarca situações que, desde logo, ensejam juízo de improcedência, sem maiores indagações de ordem jurídica ou prática.

A sentença não é nula, eis que, embora sucinta, analisou a questão dos autos. De todo modo, o artigo 515, §1º, do CPC permite ao tribunal verificar os tópicos e fundamentos do pedido. Não há nulidade sem prejuízo (demonstrado, aliás).

A Lei nº 8.448, de 21/07/1992, que regulamentou o disposto no artigo 37, inciso XI, e no artigo 39, § 1º, da Constituição Federal de 1988, assim disciplinou, do que interessa:

Art. 3º. A relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos referidos no artigo anterior é fixada da seguinte forma:

...

§ 1º. No prazo de quarenta e cinco dias o Poder Executivo proporá ao Congresso Nacional projeto de lei de revisão de suas tabelas remuneratórias, estabelecendo faixas de vencimentos ou soldos correspondentes aos níveis superior, médio e auxiliar, com efeitos financeiros a partir de 1º de setembro de 1992.

A Lei nº 8.460, de 17/09/1992 antecipou o reajuste de 20% sobre os vencimentos, soldos e demais retribuições, a ser compensada por ocasião da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

Essa mesma Lei, dando cumprimento ao disposto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 8.448/92, revisou as tabelas remuneratórias dos servidores públicos do Poder Executivo Federal, nos seguintes termos:

Art. 2º Em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º da Lei nº 8.448, de 21 de julho de 1992, e nos arts. 1º e 4º desta lei, os valores dos soldos e dos vencimentos dos servidores militares e civis passam a ser, a partir de 1º de setembro de 1992;

...

II - os das tabelas de vencimentos constantes dos Anexos II e III, para os servidores civis, exceto os contemplados no inciso seguinte;

III - os da Tabela de Vencimentos de Docentes constante do Anexo IV, para os docentes de 1º e 2º grau, contemplados pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987;

...

Os Anexos II e III estabelecem os vencimentos dos servidores, de acordo com os níveis (superior, intermediário e auxiliar), subdivididos em classes (A, B, C e D) e cada qual com os seus correspondentes padrões, tendo a Administração, com base no estabelecido em lei, efetivado a reestruturação do seu quadro de servidores dentro das novas classes e padrões.

Os autores-apelantes foram reenquadrados em novas classes e padrões, tendo sido mantida a irredutibilidade de seus salários. Todavia, sustentam que o correto seria o enquadramento nas tabelas de vencimentos constantes dos anexos II e III da Lei nº 8.460/92, observando-se a tabela de maior valor, assim como o enquadramento na classe "A" e no padrão mais elevado de vencimentos, e também se utilizando da tabela de maior valor referente à Lei nº 8.622/93.

Ocorre que a Lei 8.460/92, que instituiu o novo plano de cargos e vencimentos, não determinou que a administração obedecesse ao enquadramento anterior do servidor, não havendo que se falar em ilegalidade no proceder da Administração.

O C. Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico. Ao respeito, aduz o sempre preciso jurista e professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

" Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar *de imediato* o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos..." (*Curso de direito administrativo*, pp.256-7, Malheiros Editores, 2010. Grifo original).

Com o advento da Lei nº 8.622, de 19/01/1993, disciplinou-se novamente a questão dos cargos e vencimentos dos servidores públicos federais, nos seguintes termos, do que interessa:

Art. 1º Fica concedido aos servidores civis e militares do Poder Executivo Federal da Administração direta, autárquica e fundacional, bem como extintos Territórios, a partir de 1º de janeiro de 1993, reajustamento de cem por cento incidente sobre os valores dos vencimentos, soldos e demais retribuições, vigentes em dezembro de 1992.

Art. 2º Os soldos e vencimentos fixados nos Anexos I a IV da Lei nº 8.460, de 17 de setembro de 1992, uma vez reajustados na forma anterior, serão ainda acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 1993, da importância de Cr\$ 102.000,00 (cento e dois mil cruzeiros), que passará a integrá-los para todos os fins.

Art. 3º Em decorrência do disposto nos arts. 1º e 2º, os valores dos soldos e vencimentos dos servidores do Poder Executivo são os constantes dos Anexos I a IV desta lei.

Art. 4º O Poder Executivo enviará, até 28 de fevereiro de 1993, projeto da lei especificando os critérios para reposicionamento dos servidores civis na respectivas tabelas e a adequação dos postos, graduações e soldos dos servidores militares, tendo em vista as tabelas constantes dos Anexos I, II, III e V desta lei.

Parágrafo único. O reposicionamento e a adequação não ultrapassarão três padrões de soldo ou vencimento.

Art. 5º Os titulares dos cargos de magistérios superior e de magistério de 1º e 2º graus perceberão, a partir de 1º de janeiro de 1993, os vencimentos constantes do Anexo IV, cujos valores serão objeto de projeto de lei a ser enviado pelo Poder Executivo, até 28 de fevereiro de 1993, tendo em vista o maior valor de vencimento constante do Anexo II desta lei.

Art. 6º Quando da adequação da tabela constante do Anexo I desta lei, nos termos do art. 4º, os oficiais-generais passarão a perceber os soldos constantes do Anexo V. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)
Art. 7º Os reposicionamentos e a adequação a que se referem os arts. 4º, 5º e 6º desta lei produzirão efeitos financeiros a partir de 1º de janeiro de 1993 e as diferenças de remuneração referentes aos meses de janeiro e fevereiro serão pagas em março de 1993.

Como se nota, outro plano de cargos e vencimentos foi instituído, com novos enquadramentos a partir da nova lei e com efeitos financeiros a contar de 1º.01.1993, sendo que, dessa vez houve reposicionamento e adequação que não poderiam ultrapassar três padrões de vencimentos.

Percebe-se, mais uma vez, que a administração cumpriu estritamente o estipulado na lei, não havendo que se falar em ofensa a qualquer princípio constitucional.

A nossos Tribunais também têm decidido no mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO - RECLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL - INADMISSIBILIDADE DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO - NECESSIDADE DE PROVA NOS AUTOS DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA- RECURSO DESPROVIDO.

1- Uma lei só possui efeito retroativo se assim mencionar expressamente.

2- As correções do texto em vigor consideram-se lei nova, conforme o disposto no art. 2º, par. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

3- Mesmo que se considere que a lei 8.627/93 corrigiu a Lei 8.460/92, tais correções somente poderiam ser consideradas lei nova e não teriam efeito retroativo.

4- É cediço na jurisprudência que o Judiciário não pode se substituir ao legislador, aumentando vencimentos de servidores públicos, sob pena de indevida interferência na função legislativa.(Súmula 339 do Superior Tribunal de Justiça).

5- Por fim, a alegação de violação ao princípio da isonomia, porque os servidores enquadrados no anexo II e os enquadrados no III exerceriam as mesmas funções, também não merece acolhida, eis que não foi produzida nos autos nenhuma prova neste sentido, seja documental ou testemunhal. A violação ao princípio da isonomia deve ser concreta, demonstrada nos autos, e não abstrata.

6- Recurso desprovido."

(TRF - Terceira Região, AC nº 97030362141, UF:SP, Segunda Turma, Relatora: Desembargadora Federal Sylvia Steiner, DJ: 12/03/2003, Pág. 233)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE - GAE. LEI DELEGADA Nº 13/92. LEI Nº 8.676/93. PERCENTUAL DE 160%. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL. LEI Nº 8.460/92. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. INCLUSÃO NA TABELA DE VENCIMENTOS DOS ANEXOS II E III. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DE GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO - GEFA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Lei nº 8.676/93 não assegurou o pagamento integral da Gratificação de Atividade - GAE no percentual de 160% a todos os servidores, mas estabeleceu o reajuste na forma escalonada, até atingir o percentual máximo, razão pela qual não há como estender aos autores a gratificação no percentual pretendido. 2. Não ofende o princípio da isonomia, a concessão de gratificação GAE apenas para uma categoria de servidor, bem como não há vedação legal para que uma gratificação seja concedida a diversos funcionários, em percentuais diversificados (Lei Delegada nº 13/92). 3. A Administração Pública pode efetuar enquadramento e reclassificação de servidores, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, desde que não haja redução de vencimentos. 4. Não cabe ao funcionário, invocar direito adquirido ao regime jurídico anterior para ser enquadrado de forma diversa daquela determinada pelo Poder Público, conforme entendimento firmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, RE nº 116683/RJ, Primeira Turma, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ: 13/03/1992 e RE nº 409846/DF, Segunda Turma, Relatora: Ministra Ellen Gracie, DJ: 22/10/2004. 5. A inclusão dos apelantes na tabela de vencimentos constante dos Anexos II e III da Lei 8.460/92, importa aumento de remuneração que depende de lei. É cediço na jurisprudência que não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos (Súmula 339 do STF). 6. O Decreto-lei nº 2.371/87 estendeu a gratificação de estímulo à fiscalização e à arrecadação - GEFA tão-somente aos Fiscais de Contribuições Previdenciárias, não havendo previsão de sua extensão aos demais servidores do INSS. 7. A extensão da vantagem somente é cabível na hipótese de previsão legal expressa o que afasta a alegação de ofensa ao princípio da isonomia. 8. Apelação improvida.

(TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO - TRF3 - AC 200103990066772 - APELAÇÃO CÍVEL - 666253 - ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA- RELATOR(A): JUIZA VESNA KOLMAR - FONTE: DJU DATA:07/02/2008 PÁGINA: 1512)

"ADMINISTRATIVO. FUNCIONALISMO. REDISTRIBUIÇÃO DE CLASSE E PADRÃO. LEI 8460/92. INEXISTENCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRENCIA DE REDUÇÃO VENCIMENTAL. COMPETENCIA DO ESTADO EM ALTERAR, UNILATERALMENTE, A RELAÇÃO ESTADO-FUNCIONARIO.

1 - ALEGAÇÃO DE POLICIAIS FEDERAIS, ATIVOS E INATIVOS, DE QUE A LEI 8460/92, A QUAL ESTABELECEU NOVOS PADRÕES E CLASSES NA CARREIRA DOS QUADROS DA POLICIA FEDERAL,

UTILIZOU CRITÉRIOS DE ENQUADRAMENTO QUE NÃO SE ADEQUAM COM O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO, ESTATUIDO NA LEI MAIOR, EM FACE DE TAIS ENQUADRAMENTOS NÃO MANTEREM E DEVIDA CORRESPONDÊNCIA COM A SITUAÇÃO FUNCIONAL DOS AUTORES, ANTERIOR A REFERIDA LEI NOVA.

2 - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS DOS APELANTES, DIREITO ESTE CONSAGRADO NO ART. 39, PARÁGRAFO SEGUNDO, C/C O ART. SETIMO, IV, DA MAGNA CARTA, MAS, TÃO-SO, MUDANÇA DE REFERENCIAL COM RELAÇÃO AOS PADRÕES EM QUE ERAM CLASSIFICADOS. TAIS ALTERAÇÕES SÃO DE COMPETÊNCIA DO ESTADO, A QUEM CABE REGULAMENTAR REFERIDAS SITUAÇÕES.

3 - A MUDANÇA DE CLASSE E/OU PADRÃO PARA OUTRA INFERIOR NÃO ENSEJA, VIA DE REGRA, REDUÇÃO VENCIMENTAL. EM NÃO HAVENDO FERIMENTO A DIREITOS ADQUIRIDOS DOS SERVIDORES, PODE, A QUALQUER TEMPO, O ESTADO ALTERAR CLASSES, PADRÕES, REFERÊNCIAS, NOMECLATURA DOS CARGOS, VANTAGENS, DIREITOS E OBRIGAÇÕES POR ELES A EPOCA VIVIDAS E AUFERIDAS.

4 - APELAÇÃO IMPROVIDA."

(TRF - Quinta Região, APELAÇÃO CÍVEL nº 9405119800, UF: AL, Segunda Turma, Relator: Juiz José Delgado, DJ: 26/08/1994, Pág: 46577)

Dessa forma, constata-se que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. A jurisprudência há muito pacificou tal entendimento.

Portanto, a estrutura das carreiras do serviço público pode ser alterada a qualquer tempo, desde que assegurada a irredutibilidade de vencimentos. Ou seja, nova lei pode criar ou extinguir classes e padrões e promover o enquadramento do servidor, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, garantindo-se ao servidor que os seus vencimentos não serão reduzidos com a reestruturação.

A Lei nº 8.460/92, em atendimento ao disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.448/92, concedeu antecipação de reajuste de vencimentos e de soldos aos servidores civis e militares do Poder Executivo e reestruturou a carreira dos servidores. Referida lei não discrepou do estabelecido pela Lei nº 8.448/92.

O fato de não ter sido previsto o enquadramento na última classe, qual seja, a Classe "A", não violou direito da apelante, pois não resultou em redução de vencimentos, nos termos do art. 37, XV, da Constituição Federal.

A posterior edição da Lei nº 8.627/93, com a determinação de preenchimento da Classe A, não implicou em reconhecimento do direito de correção de enquadramento. Tratou-se de reenquadramento e não de correção de irregularidades anteriores, que, como dito, não ocorreram.

Portanto, inexistente o direito à correção do enquadramento realizado pela Lei nº 8.460/92.

Em que pese não existir direito adquirido a regime jurídico, o pleito de recebimento de vencimentos nos termos da Tabela do Anexo II também não prospera em virtude da não configuração, na hipótese, de ofensa ao princípio da isonomia, que pressupõe identidade ou semelhança das funções exercidas (art. 41, § 4º, da Lei nº 8.112/90). Não há evidência de que as funções desempenhadas pelos apelantes sejam idênticas ou semelhantes àquelas desempenhadas por servidores enquadrados na tabela do anexo II.

Outrossim, o atendimento do pedido, com alteração de classe e anexo, implicaria em aumento de vencimentos, o que é vedado pela Súmula nº 339 do STF, que dispõe: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

A respeito do tema, colaciono precedentes desta C. Turma:

"ADMINISTRATIVO: SERVIDOR PÚBLICO. RETIFICAÇÃO DE ENQUADRAMENTO. LEI 8.460/92. IMPOSSIBILIDADE.

I - Ao pleitearem o enquadramento na forma questionada desejam as autoras, na verdade, um tratamento isonômico com relação ao cargo a ser considerado na função que lhes foi atribuída, visando mesma remuneração, portanto, de outra categoria.

II - Do corolário do princípio constitucional da isonomia, decorre que não é qualquer ato normativo que implique em variação de cargos e aumento da remuneração de determinada categoria de servidores que deva ser estendida aos demais, mormente quando a Administração reserva determinadas classes para carreiras distintas.

III - No âmbito da dinâmica ligada à estruturação ou reestruturação de carreiras e cargos públicos, as atividades e os vencimentos decorrem da necessidade de adequação conforme os atributos peculiares a cada cargo ou atividade.

Nesta hipótese, os destinatários de uma categoria determinada de servidores podem ser classificados em grupos cujas atividades não equivalham, necessariamente, ao mesmo vencimento ou a mesma remuneração, não implicando,

portanto, em lesão ao princípio constitucional em questão. Portanto, o fato de ter havido a classificação de "D" a "B" não restou comprovado prejuízo.

IV - As atividades da carreira de diplomata, como exemplificado, decorrem da natureza do trabalho desenvolvido e, portanto, distintas, não podendo ser equiparadas as suas classificações, sob fundamento de isonomia, em vista de não exercerem atividades sequer semelhantes.

V - A edição posterior da Lei 8.627/93, que em seu artigo 3º determina o reposicionamento e reenquadramento nas tabelas constantes dos anexos "VII" e "VIII" da Lei 8.460/92, não implica ter havido distorções e conseqüente reconhecimento do erro por parte da Administração em relação ao reposicionamento anterior, de sorte que não cria direito à percepção de parcelas atrasadas.

VI - As sucumbentes arcarão com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), nos termos do artigo 20, §4º, do CPC.

VII - *Apelação do INSS e remessa oficial providas*". (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 858482/SP, Rel. Des. Cecília Mello, DJU 29.06.2007, p. 442, unânime)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REENQUADRAMENTO EM CLASSE E PADRÃO. LEIS NºS 8.448/92 E 8.460/92. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. É pacífico o entendimento jurisprudencial, no que concerne aos servidores públicos, de que não há direito adquirido a regime jurídico.

2. A lei pode propiciar a reestruturação das carreiras no serviço público, criando novas classes e padrões, bem como promovendo inédito enquadramento funcional dos servidores, desde que seja respeitada a irredutibilidade dos vencimentos.

3. A Lei nº 8.460/92 propiciou antecipação de reajuste de vencimentos, reestruturando a carreira dos servidores, com a estipulação de novas classes e padrões. Se de reajuste tratava, redução de vencimentos não houve.

4. A Lei nº 8.448/92 nada dispôs, de forma específica, sobre a revisão das tabelas de remuneração. O art. 3º, § 1º, da lei em comento cuidou tão-somente de fixar prazo (quarenta e cinco dias) para o Poder Executivo propor ao Congresso Nacional projeto de lei de revisão das tabelas remuneratórias.

5. Com o advento da Lei nº 8.460/92 veio a lume a antecipação de reajuste de vencimentos, com fixação de novas classes e padrões. O art. 30 da mencionada lei, contudo, fez expressa remissão à produção de efeitos a partir de 1º de setembro de 1992. Houve, pois, cumprimento do disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.448/92.

6. *Apelação improvida*". (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 1094161, Rel. Juiz Paulo Sarno, DJU 08.05.2007, p. 519, unânime)

Nesse sentido, também, trago a lume jurisprudência deste E. Tribunal:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. REEQUADRAMENTO. LEI Nº 8.460/92. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.448/92 determinou ao Poder Executivo propor ao Congresso Nacional, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, projeto de lei de revisão de tabelas remuneratórias, estabelecendo faixas de vencimentos ou soldos correspondentes aos níveis superior, médio e auxiliar, com efeitos financeiros a partir de setembro de 1992; comando este que foi materializado com a edição da Lei nº 8.460/92 que antecipou reajuste de vencimentos e introduziu a revisão das tabelas remuneratórias.

2. A Lei nº 8.627/93 a qual não foi editada com o escopo de corrigir qualquer equívoco contido na Lei nº 8.460/92, e sim para introduzir e especificar novos critérios para reposicionamento de servidores públicos federais civis e militares.

3. É pacífico o entendimento jurisprudencial, no que concerne aos servidores públicos, de que não há direito adquirido a regime jurídico. Nesse passo, a lei pode reestruturar das carreiras no serviço público, criando novas classes e padrões, bem como promovendo inédito enquadramento funcional dos servidores, desde que seja respeitada a irredutibilidade dos vencimentos.

4. A Lei nº 8.460/92 teve por escopo a antecipação de reajuste de vencimentos, reestruturando a carreira dos servidores, com a estipulação de novas classes e padrões, observando, para tanto, a regra que veda a redução de vencimentos, nesse diapasão a tese dos recorrentes não encontra guarida no Poder Judiciário.

5. Os autores, não fazem jus ao reenquadramento pretendido, de modo que postulam a majoração dos seus vencimentos apenas com base em pretensa violação do princípio da isonomia, sendo, portanto, correta a referência à Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal.

6. *Apelação improvida.*

(TRF 3ª Região, Primeira Turma, AC 199903990342109, Rel. Des. Johanson Di Salvo, DJE 17.06.2009)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REENQUADRAMENTO. LEI Nº8.460/92. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. LEI Nº8.627/93. HONORÁRIOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Pretendem os ora apelantes seu reenquadramento funcional, entre SET e DEZ/1992, Na classe 'B', padrão 'III', com vencimentos de acordo com a Tabela do Anexo II da Lei nº8.460/92, com os respectivos reflexos nas remunerações e conseqüente pagamento das diferenças apuradas - face entenderem que o novo enquadramento estabelecido pela Lei nº8.460/92 feriu os princípios da isonomia e do direito adquirido.

2. A Lei nº8.448/92 foi editada para regulamentar os Arts.37, inciso XI e 39, §1º da Constituição Federal, dispondo sobre limites da remuneração dos servidores, enquanto que a Lei nº8.460/92 veio para dispor sobre reajuste de vencimentos e soldos, cuidar de reenquadramento funcional em âmbito federal e dar outras providências - ausente antinomia entre os citados diplomas. Por sua vez, a Lei nº8.627/93 não corrigiu qualquer equívoco em tese perpetrado pela Lei nº8.460/92, ausente fundamento legal para sua aplicação retroativa. Precedentes.
3. A Lei nº8.460/92 concretiza faculdade do Poder Executivo, no âmbito de sua discricionariedade, de organizar seus quadros funcionais da forma que entender conveniente, não tendo seus dispositivos implicado em diminuição dos vencimentos dos autores e, tampouco, em violação de direito adquirido, vez este inexistente em relação a determinado padrão, classe ou tabela.
4. Não houve, outrossim, violação ao princípio da isonomia, pois são distintos os cargos de diplomata daqueles ocupados pelos apelantes (técnicos em radiologia), incabível se falar em equiparação dos respectivos vencimentos sob tal argumento. Por outro lado, malgrado afirmem apelantes não estarem pleiteando aumento de vencimentos (fls.95), o atendimento da pretensão encerra incremento salarial - o que viria ao arripio da Lei nº8.460/92 e da Súmula nº339/STF, a qual dispõe que "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia". Precedentes.
(...)
6. *Apelação improvida. Sentença mantida". (TRF 3ª Região, Turma Suplementar da 1ª Seção, AC 264090, Rel. Juíza Lisa Taubemblatt, DJF3 01.10.2008, unânime)*

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REENQUADRAMENTO E RECLASSIFICAÇÃO. LEIS 8.460/92 E 8.627/93. ÚLTIMA CLASSE RESERVADA PARA DETERMINADA CATEGORIA OU CLASSE DE SERVIDORES. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES.

1. A apelante pleiteia seu correto enquadramento na Tabela de Vencimentos do Anexo II da Lei n. 8.460/92, para o fim de ser incluída na Classe "B", Padrão III, a partir de 01.09.92 até 31.12.92, porquanto, a partir de 1.º. 1.1993, a irregularidade da situação funcional foi solucionada pela Lei n. 8.627/93.
2. O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, firmou entendimento no sentido de inexistir direito adquirido a regime jurídico para servidores públicos (RE 146.749-DF, DJU 18.11.94, Rel. Min. Moreira Alves).
3. Não se verifica ilegalidade no ato da Administração que promove reposicionamento ou reclassificação de servidores, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, se foram obedecidas as normas e os princípios constitucionais.
4. Não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da Separação de Poderes, conceder aumento de vencimentos aos servidores de autarquia federal, regidos pelas normas de Direito Administrativo. Precedentes. Súmula 339 do STF.
5. A Lei n. 8.460/92 foi aplicada regularmente, não havendo retroatividade da Lei n. 8.627/93.
6. *Apelação não provida". (TRF 3ª Região, Turma Suplementar da Primeira Seção, AC 253722, Rel. Juiz João Consolim, DJF3 03.12.2008, p. 2440)*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de processo Civil, nego seguimento à apelação e mantenho a r. sentença, nos termos supracitados.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000117-51.2004.4.03.6104/SP

2004.61.04.000117-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta
APELANTE : BRASIL FORTES
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação em face de sentença que julgou improcedente ação de rito ordinário, em que se busca a incorporação dos valores relativos: a) à diferença entre o que foi pago aos autores, enquanto militares de patentes inferiores, e as remunerações dos demais militares atualizadas em 28,86%, em decorrência das Leis 8.622/93 e 8.627/93;

Aduz a inicial, em síntese, ofensa ao princípio da igualdade, esculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Argumentou o autor, que é militar reformado do Exército Brasileiro; que a Lei nº 8.622/93, corrigiu a remuneração dos servidores civis e militares federais, sem a observância a um escalonamento entre os diversos postos e graduações, dentro dos respectivos círculos das Forças Armadas. Argumentou ainda, que o reajuste concedido pela Lei nº 8.627/93, não foi repassado integralmente aos soldados, sargentos e demais patentes inferiores aos oficiais, deixando de existir a equidade na fixação dos valores dos soldos, ocorrendo um distanciamento entre as remunerações dos diversos postos e graduações militares. Sustentou que a remuneração instituída pela Lei nº 8.627/93 de forma escalonada, obedecendo à hierarquização entre os diversos postos e graduações, feriu o princípio da isonomia, pois foi paga de forma diferenciada entre os militares pertencente ao mesmo quadro de carreira.

A sentença julgou improcedente a ação ao entendimento de que não houve uma revisão geral de vencimentos no percentual de 28,86%, o qual foi obtida pelo cálculo da média dos reescalamentos concedidos às diversas categorias, dentre elas a dos militares, além de reposicionamentos. E que de acordo com a hierarquia existente entre os diversos postos e graduações das Forças Armadas, também não haveria malferimento ao princípio da isonomia, que se aplica apenas aos cargos, sem embargo de que o Poder Judiciário não pode agir como legislador positivo e conceder aumento ao funcionalismo público. Condenado o autor ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, referentes a estas parcelas, suspendendo a execução, tendo em vista ser beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, conforme o disposto nos artigos 11 e 12 da Lei 1060/50. Apelou a autoria, repisando os argumentos tangenciados na inicial, bem como nos Embargos Declaratórios.

Os autos subiram a esta E. Corte com contrarrazões.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

DECIDO.

O artigo 557, §1º, do CPC, possibilita o relator dar provimento ao recurso, quando a decisão contrariar súmula ou jurisprudência do STF, ou de Tribunal Superior.

O apelo merece provimento.

Com efeito, a Excelsa Corte de Justiça, no julgamento do RMS n. 22307/DF, por seu Tribunal Pleno, decidiu, "*verbis*":

"RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

... "*omissis*"

REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. "*a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre os servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data*" - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal, mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal. (Relator Ministro Marco Aurélio; DJ 13.06.97, pág. 26722)".

Opostos embargos de declaração em face do acórdão supra, declarou a Corte Suprema:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE 28,86%, DECORRENTE DA LEI Nº 8.627/93. DECISÃO DEFERITÓRIA QUE TERIA SIDO OMISSA QUANTO AOS AUMENTOS DE VENCIMENTOS DIFERENCIADOS COM QUE O REFERIDO DIPLOMA LEGAL CONTEMPLA DIVERSAS CATEGORIAS FUNCIONAIS NELE ESPECIFICADAS. Diploma legal que, de efeito, beneficiou não apenas os servidores militares, por meio da "adequação dos postos e graduações", mas também nada menos que vinte categorias de servidores civis, contemplados com "reposicionamentos" (arts. 1º e 3º), entre os quais aquelas a que pertence a maioria dos impetrantes. Circunstância que não se poderia deixar de ter em conta, para fim da indispensável compensação, sendo certo que a Lei nº 8.627/93 contém elementos concretos que permitem calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor. Embargos acolhidos para o fim explicitado. (RMS-ED 22307/DF, Pleno, Relator p/acórdão Ministro Ilmar Galvão, DJ 26.06.98, pág. 8)".

Especificamente quanto ao servidor público militar, ambas as Turmas da Excelsa Corte de Justiça assim decidiram:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. REVISÃO DE VENCIMENTOS: 28,86%. Leis 8.622/93 e 8.627/93. I.- O fundamento da concessão aos civis há de se estender aos servidores militares contemplados com índices inferiores pelas referidas leis, já que se trata de revisão geral dos servidores públicos, observadas, entretanto, as compensações com reajustes concedidos pelas referidas leis. II.- Precedentes do STF: RE 403.395-AgR/BA, Ministro Carlos Britto, "DJ" 14.12.2004; RE 434.072/RJ e 435.626/RJ, Rel. Min. Carlos Britto; RE 437.127/RJ, Min. Cezar Peluso; RE 438.653/RJ, Min. Sepúlveda Pertence; RE 438.645/RJ e 439.015/RJ, Min. Celso de

Mello; "DJ" de 10.02.2005; e RE 438.156-AgR/RJ, 439.227- AgR/RJ, por mim relatados, "DJ" de 16.03.2005. III.- Agravo não provido.(RE-AgR 444512/RJ; 2ª Turma; unânime; Relator Ministro Carlos Velloso; in DJ 01.07.05, pág. 88)" e

"SERVIDORES MILITARES. INCISO X DO ART. 37 DA LEI DAS LEIS (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 19/98). DIREITO À REVISÃO GERAL DE 28,86%, DECORRENTE DAS LEIS NºS 8.622/93 E 8.627/93. COMPENSAÇÃO DOS ÍNDICES JÁ CONCEDIDOS PELA PRÓPRIA LEI Nº 8.627/93. INTERPRETAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ao julgar a RMS 22.307, o Plenário da Corte decidiu, por maioria, que as Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93 concederam revisão geral de vencimentos aos servidores públicos, da ordem de 28,86%, nos termos do inciso X do art. 37 da Carta de Outubro (redação anterior à EC 19/98). Posteriormente, ao apreciar os embargos de declaração opostos (RMS 22.307-ED), entendeu, também por maioria, que deveriam ser compensados, em cada caso, os índices eventualmente concedidos pela própria Lei nº 8.627/93. Tal decisão autoriza concluir que a citada revisão, sendo geral, na forma do dispositivo constitucional em apreço (cuja redação originária não comportava distinção entre civis e militares), é devida, por igual, aos servidores militares, também com a mencionada compensação. Precedentes: REs 303.376-AgR, 398.778-AgR, 403.395-AgR, 405.082-AgR, 407.645-AgR e 427.004-AgR, entre outros, Relator Ministro Carlos Britto; RE 401.467-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE 419.075-AgR, Relator Ministro Marco Aurélio; RE 438.985-AgR, Relator Ministro Celso de Mello; e RE 436.266-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso. Agravo regimental desprovido. (AI-AgR 523105/DF; 1ª Turma; unânime; Relator Ministro Carlos Britto; in DJ 09.12.05, pág. 9)".

Em situação análoga à presente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assentou que:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE DE 28,86% EXTENSÃO AOS MILITARES BENEFICIADOS COM ÍNDICES MENORES. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 85/STJ. TERMO A QUO DA CORREÇÃO MONETÁRIA. BASE DE INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO COM COMPLEMENTAÇÃO DO SALÁRIO-MÍNIMO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL.

1. Ante a inexistência de qualquer omissão a ser sanada no acórdão hostilizado, não se vislumbra violação ao disposto no art. 535 do Estatuto Processual Civil.

2. Por dizer respeito ao processo sob exame a prestações de trato sucessivo, não se há falar em prescrição do fundo de direito. Incidência da Súmula 85 desta Corte.

3. O Excelso Pretório reconheceu a natureza de revisão geral de remuneração ao reajuste de 28,86%, razão pela qual esta Corte assentou ser devido aos servidores militares contemplados com reajustes inferiores as diferenças entre esses e o índice geral.4. O termo a quo da incidência da correção monetária é o vencimento de cada parcela devida.

Precedentes. A compensação do reajuste de 28,86% com a complementação do salário-mínimo nacional é indevida, por se tratar de duas parcelas com finalidades e naturezas jurídicas distintas. Precedentes.

5. A base de incidência do reajuste em questão, a teor do art. 2º da Lei 8.627/93, é, como pleiteia o recorrente, o soldo dos servidores militares, bem como as parcelas que não possuam como base de cálculo o próprio vencimento.

6. Recurso Especial parcialmente provido, com relação à base de incidência do reajuste de 28,86%.

(REsp 967.421/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJ 24.09.07, pág. 372)";

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. REAJUSTE DE 28,86% LEIS 8.622/93 E 8.627/93.

EXTENSÃO A TODAS AS POSIÇÕES E GRADUAÇÕES DOS MILITARES. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 85/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DE CADA PARCELA. JUROS MORATÓRIOS. PERCENTUAL. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/2001. LEI 9.494/97. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o reajuste concedido pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, no percentual médio de 28,86%, tem natureza jurídica de índice geral de revisão de vencimentos e soldos de todo o funcionalismo público (RMS 22.307-7/DF). Por conseguinte, os militares que foram contemplados com reajustes inferiores têm direito à diferença correspondente. Precedentes.

2. Nas ações em que servidores públicos buscam a concessão do reajuste de 28,86% sem que tenha havido negativa formal da Administração, a prescrição atinge somente as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede a propositura da ação. Incidência da Súmula 85/STJ.

3. Pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a correção monetária é devida a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento.

4. Os juros moratórios devem ser fixados no percentual de 6% ao ano nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias a servidores e empregados públicos, quando a ação for proposta após o início da vigência da Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97. Hipótese em que ação foi ajuizada posteriormente à referida data.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reduzir os juros moratórios ao percentual de 6% (seis por cento) ao ano. (REsp 825.533/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 25.09.06, pág. 305)";

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS. PERCENTUAL DE 28,86%. EXTENSÃO AOS MILITARES BENEFICIADOS COM ÍNDICES MENORES. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ENUNCIADO Nº 182/STJ. LIMITAÇÃO TEMPORAL. MATÉRIA NÃO ALEGADA NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL.

1. A parte agravante deve infirmar os fundamentos da decisão impugnada, mostrando-se inadmissível o recurso que não se insurge contra todos eles (Enunciado nº 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça).

2. A decisão agravada foi proferida em consonância com a jurisprudência pacífica de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os servidores militares fazem jus ao reajuste remuneratório de 28,86%, descontados os percentuais já concedidos pelas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93.

3. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi objeto do recurso especial.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 798.110/RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, DJ 01.08.06, pág. 573)" e

RECURSOS ESPECIAIS. ADMINISTRATIVO. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA. MP N.º 1.704/98. EXTENSÃO AOS MILITARES. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 2º DA LEI Nº 8.627/93. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADA.

1. A edição da Medida Provisória nº 1.704-5/98, que reconheceu aos servidores públicos o direito ao reajuste de 28,86%, implicou na renúncia do prazo prescricional. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a negativa aos militares do direito ao reajuste de 28,86%, assegurado aos servidores públicos civis, implicaria em desrespeito ao princípio da isonomia.

3. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal diante da ausência de prequestionamento do artigo 2º da Lei nº 8.627/93.

4. Quanto à correção monetária, este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que ela deve incidir a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela.

5. Quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, a ausência de cumprimento do disposto nos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do RISTJ, que determinam a realização do cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas trazidos à colação, obsta o conhecimento do recurso.

6. Recurso especial de Paulo Ricardo Pehl provido e recurso especial da União conhecido em parte e, nesse ponto, improvido. (REsp 835.761/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 11.12.06, pág. 434)".

Em face do exposto, é de ser reformada a sentença quanto ao ponto para reconhecer o direito dos autores, considerando a pacífica orientação jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos julgados desta Turma, no sentido de que os servidores públicos militares têm direito à diferença entre o percentual de 28,86% e os valores anteriormente percebidos a título de reposicionamento, concedido pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93.

Anoto, ainda, que deve ser procedida a devida compensação dos percentuais de aumento já concedidos pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, incidindo ao caso a Súmula 672, do STF, que assim dispõe:

"O REAJUSTE DE 28,86%, CONCEDIDO AOS SERVIDORES MILITARES PELAS LEIS 8622/1993 E 8627/1993, ESTENDE-SE AOS SERVIDORES CIVIS DO PODER EXECUTIVO, OBSERVADAS AS EVENTUAIS COMPENSAÇÕES DECORRENTES DOS REAJUSTES DIFERENCIADOS CONCEDIDOS PELOS MESMOS DIPLOMAS LEGAIS."

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"SERVIDOR MILITAR. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. REAJUSTE DE 28,86%. LEIS 8.622/1993 E 8.627/1993. EXTENSÃO. O reajuste de 28,86% concedido às graduações superiores das Forças Armadas pela Lei 8.627/1993 foi estendido aos servidores públicos civis pelo Plenário desta Corte no julgamento do RMS 22.307, por ter sido considerado revisão geral de vencimentos, nos termos do art. 37, X, da Constituição federal (redação anterior à Emenda Constitucional 19/1998). O Pleno determinou também, no julgamento dos embargos de declaração no RMS 22.3078, que fossem compensados os índices já concedidos pela 8.627/1993. Esta Turma tem decidido que o reajuste de 28,86% deve ser estendido aos servidores militares com base no mesmo entendimento, devendo, de igual modo, ser compensados os índices já concedidos pela legislação citada e observada sua limitação no tempo à edição da MP 2.131, de 28 de setembro de 2000. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE-AgR 436210/RJ; 2ª Turma; unânime; Relator Ministro Joaquim Barbosa; in Dj 07.10.05, pág. 877)"

"RECURSO ESPECIAL. MILITAR. REAJUSTE DE 28,86%. LIMITAÇÃO TEMPORAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.131/00.

A concessão do reajuste de 28,86% aos servidores públicos militares deve ser limitada à edição da Medida Provisória nº 2.131/00, uma vez que essa norma reestruturou a remuneração dos militares das Forças Armadas, absorvendo as diferenças relativas aos 28,86% e revogando os arts. 6º e 8º da Lei nº 8.622/93 e art. 2º da Lei nº 8.627/93.

Precedentes.

Recurso especial provido. (STJ - REsp 885425/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 10.12.2007, pág. 429)"

Contudo, recentemente, na Repercussão Geral por *Questão de Ordem* em RE 584.313-RJ, o STF confirmou o entendimento da jurisprudência dominante na Corte [extensão do reajuste de 28,86% aos servidores militares contemplados com índices inferiores pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93]; determinou as compensações dos reajustes concedidos e a limitação temporal da MP 2.131, de 28.12.2000, atual MP 2.215-10, de 15.09.2001. Portanto, limitou as diferenças havidas à data em que entrou em vigor a referida Medida Provisória 2.131, atual 2.215-10, que reestruturou as carreiras e a remuneração dos servidores militares. (Informativo 605, STF).

Julga-se, portanto, nesse sentido, ou seja, na linha do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, eventual diferença entre os valores efetivamente pagos no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação e aqueles devidos na forma ora disposta, será atualizada, e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação, até 26 de agosto de 2001; a partir daí, à taxa de 6% ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que deverá ser aplicada até 29 de junho de 2009, data da publicação da Lei nº 11.960/2009, a partir da qual devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica e juros de poupança.

Deverá a requerida trazer memória dos cálculos em ordem a demonstrar os valores pagos mensalmente e aqueles devidos por força desta decisão, a diferença em aberto, a atualização monetária e os juros moratórios, bem como a quantificação total destas importâncias, por servidor.

Carreada a memória dos cálculos pela parte requerida, deve ser intimado o autor para dizer da satisfação dos créditos, apresentando, na hipótese de discordância, demonstrativo das divergências encontradas e diferenças devidas, aplicando-se a execução conforme a lei processual.

Na forma do artigo 20, §4º, do CPC, fixo os honorários advocatícios em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a ser honrada pela Fazenda Pública.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, §1º, do Código de processo Civil, **dou provimento ao apelo do autor, para reformar a sentença**, nos termos supracitados.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003840-41.2000.4.03.6000/MS
2000.60.00.003840-3/MS

RELATOR : Juiz Federal Convocado Heraldo Vitta

APELANTE : FLORA TOMAZIA CASTILHO AKATSUKA e outro
: SERGIO AKATSUKA

ADVOGADO : ABADIO MARQUES DE REZENDE

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : LUIS FERNANDO BARBOSA PASQUINI

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por FLORA TOMAZIA CASTILHO AKATSUKA e OUTRO contra sentença que, nos autos do processo da **ação ordinária** ajuizada com o fim de rever o contrato de mútuo para aquisição da casa própria celebrado sob as regras do Sistema Financeiro Habitacional-SFH, **julgou improcedente o pedido** de anulação da execução extrajudicial e, quanto à revisão do contrato de mútuo, **julgou extinto o feito**, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do CPC, sob o fundamento de que, consumada a execução extrajudicial, com o registro em cartório da arrematação do imóvel, restou extinto o contrato. Deixou de condenar a parte autora nas verbas de sucumbência, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Sustenta a parte autora, em resumo, em suas razões de apelo, a necessidade de revisão das cláusulas contratuais abusivas, observando-se a correta forma de amortização da dívida, bem como que seja declarada nula a execução extrajudicial, sob a alegação de afronta o artigo 620 do Código de Processo Civil e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

No tocante à arguição de incompatibilidade do Decreto-lei nº 70/66 com a Constituição Federal de 1988, sob o argumento de violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não pode ser acolhida, haja vista pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua constitucionalidade.

A Suprema Corte, na verdade, acabou se posicionando pela recepção do referido diploma legal pela nova ordem constitucional, sob o argumento de que o procedimento administrativo de execução do contrato de mútuo não afasta ou

exclui o controle judicial, mesmo que realizado posteriormente, não impedindo que ilegalidades cometidas em seu curso possam ser sanadas e reprimidas pelos meios processuais cabíveis.

Veja-se o que restou decidido no RE nº 223.075-1 / DF (Relator Ministro Ilmar Galvão, j. em 23/06/1998, Primeira Turma, DJ 06/11/1998), "in verbis":

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . DECRETO-LEI 70/66 . CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido."

Conclui-se que o Decreto-lei nº 70/66 foi recepcionado pela atual Constituição Federal, sendo certo, ainda, que a edição da Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu a moradia dentre os direitos sociais, não teve o condão de revogá-lo, como já entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Note-se, ainda, que, quando o Pretório Excelso se posicionou pela constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, na verdade manteve a possibilidade de o agente financeiro escolher a forma de execução do contrato de mútuo firmado para a aquisição da casa própria, segundo as regras do Sistema Financeiro da Habitação: ou por meio da execução judicial ou através da execução extrajudicial. E tendo a parte ré optado pelo procedimento administrativo para promover a execução do contrato, não se pode aceitar a tese de violação ao artigo 620 do Código de Processo Civil, aplicável a execução judicial.

E depreende-se, do artigo 30 do Decreto-lei nº 70/66, que, nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, o agente fiduciário é a Caixa Econômica Federal-CEF, vez que, como sucessora do Banco Nacional da Habitação-BNH, age em seu nome.

Destarte, reconhecida a validade da execução extrajudicial, que obedeceu as regras contidas no Decreto-lei nº 70/66, era de rigor a improcedência do pedido de nulidade do procedimento extrajudicial.

E, consumada a execução extrajudicial, com o registro em cartório da arrematação ou adjudicação do imóvel, não podem mais os mutuários discutir cláusulas do contrato de mútuo habitacional, visto que a relação obrigacional decorrente do referido contrato se extingue com a transferência do bem.

Esse, aliás, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

SFH . MÚTUO HABITACIONAL . INADIMPLÊNCIA . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . DECRETO-LEI Nº 70/66 . ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL . EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO . PROPOSITURA DA AÇÃO . AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

I. Diante da inadimplência do mutuário, foi instaurado procedimento de execução extrajudicial com respaldo no Decreto-lei nº 70/66, tendo sido este concluído com a adjudicação do bem imóvel objeto do contrato de financiamento.

II. Propositura da ação pelos mutuários, posteriormente à referida adjudicação do imóvel, para discussão de cláusulas contratuais, com o intuito de ressarcirem-se de eventuais pagamentos a maior.

III. Após a adjudicação do bem, com o consequente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, restando superadas todas as discussões a esse respeito.

IV. Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 prevê em seu art. 32, § 3º, que, se apurado na hasta pública valor superior ao montante devido, a diferença final será entregue ao devedor.

V. Recurso especial provido."

(REsp nº 886150 / PR, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 17/05/2007, pág. 217)

E, mesmo nos casos em que a ação é ajuizada antes da arrematação do imóvel, tenho que, encerrado o procedimento de execução extrajudicial, não mais subsiste o interesse dos mutuários quanto à discussão de cláusulas do contrato de financiamento, em razão da perda superveniente do objeto.

Nesse sentido, já decidi esta Egrégia Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL . AÇÃO CAUTELAR . PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL . CONTRADIÇÃO ENTRE A CAUSA DE PEDIR E PEDIDO . EMENDA DA INICIAL . NECESSIDADE . RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O pedido formulado é possível nos termos dos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Enquanto não houver registro da carta de adjudicação do imóvel, o procedimento de execução extrajudicial pode ser obstado pela suspensão deste ato. Ademais, se concretizado o registro, haveria perda do objeto e os autores seriam carecedores da ação por falta de interesse processual e não por impossibilidade jurídica do pedido, como entendeu o magistrado.

2. É certo, por outro lado, que os apelantes afirmaram que já houve adjudicação do imóvel em segundo leilão (fl. 07), assim como também mencionaram a propositura de ação com a finalidade de rever as cláusulas do contrato de financiamento (fl. 60), ?ex vi? do inciso III do artigo 801 do Código de Processo Civil. Em consequência, a via cautelar eleita pelos recorrentes é inadequada à vista do objeto do processo principal, porquanto com a adjudicação do imóvel houve a extinção do contrato e, assim, esta ação não se presta para garantir da principal a ser ajuizada.

3. Recurso desprovido.

(AC nº 2002.61.05.008527-8 / SP, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, DJU 23/11/2004, pág. 299)

**CONTRATOS . SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO . DECRETO-LEI Nº 70/66 .
CONSTITUCIONALIDADE . IMÓVEL ARREMATADO . AÇÃO DE REVISÃO POR FALTA DE INTERESSE
PROCESSUAL.**

1. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

2. Consumada a arrematação do imóvel no procedimento de execução instaurado há perda de objeto da ação e não subsiste o interesse de agir para a demanda da revisão de cláusulas contratuais e critérios de reajuste das prestações do financiamento do imóvel. Precedentes.

3. Pertencendo à técnica de procedimentos de execução o aparelhamento da defesa em vias exógenas não é dentro, mas no lado de fora do processo de execução que se disponibilizaram os meios jurídicos adequados à ampla defesa do devedor. Alegação inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 rejeitada. Precedentes do E. STF.

4. Recurso desprovido.

(AC nº 1999.60.00.003567-7 / MS, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Peixoto Júnior, DJU 01/06/2007, pág. 463)

PROCESSUAL CIVIL . AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS . SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO . SFH. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL PELA CREDORA . PERDA DO OBJETO . EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO . APELAÇÃO DESPROVIDA.

A adjudicação do imóvel pela credora, comprovada mediante registro imobiliário da respectiva carta, evidencia a perda do interesse de demandar a revisão das cláusulas do contrato de financiamento originário.

(AC nº 1999.61.02.003781-5 / SP, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, DJU 14/11/2007, pág. 430)

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO COMPROVADO O DESCUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES PREVISTAS NA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ARREMATÇÃO DO IMÓVEL PELA CREDORA.

1. O Supremo Tribunal Federal considera constitucional a execução extrajudicial regida pelo Decreto-lei n. 70/66, sem embargo da possibilidade de o mutuário defender, em juízo, os direitos que reputar possuir.

2. A alegação de que do mutuário foi subtraída a oportunidade para a purgação da mora só tem sentido quando ele revelar efetivo interesse em quitar o débito assim cobrado pela instituição financeira.

3. Não comprovado, pelas mutuiárias, o descumprimento das formalidades previstas no Decreto-lei nº 70/66, é de rigor julgar-se improcedente o pedido e anulação da execução extrajudicial.

4. A arrematação do imóvel pela credora, comprovada mediante registro imobiliário da respectiva carta, evidencia a perda do interesse de demandar a revisão das cláusulas do contrato de financiamento originário.

(AC nº 2001.61.00.010993-3 / SP, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, j. 19/08/2008, DJF3 23/10/2008)

DIREITO CIVIL: CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ARREMATÇÃO. FALTA DE INTERESSE. AGARVO RETIDO PROVIDO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIAÇÃO DE MÉRITO. HONORÁRIOS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

I - Agravo retido interposto pela Caixa Econômica Federal-CEF apreciado, nos termos do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

II - Diante do inadimplemento dos mutuários, a Caixa Econômica Federal-CEF deu início ao procedimento de execução extrajudicial do imóvel objeto do contrato de mútuo, o que culminou com a arrematação do bem pela credora em 23/05/1995 e conseqüente registro da Carta de Arrematação na matrícula do imóvel em 13/06/1995, colocando termo à relação contratual entre as partes.

III - Da análise dos autos, verifica-se que os autores propuseram a ação ordinária para discussão e revisão de cláusulas contratuais em 22/04/1997, ou seja, posteriormente à data de expedição e registro da carta de arrematação do imóvel, o que revela falta de interesse processual por parte dos mutuários.

IV - Com efeito, realizada a expropriação do bem objeto de contrato de mútuo habitacional, não há de se falar em interesse processual da parte em discutir questões atinentes à relação estabelecida contratualmente (por exemplo, revisão de cláusulas do contrato), pois esta foi extinta com execução.

V - Verificada no curso do processo a falta ou a perda de qualquer das condições da ação, deve o Magistrado extinguir o feito sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

VI - Agravo retido da Caixa Econômica Federal-CEF conhecido e provido. Honorários. Apelações dos autores e da Caixa Econômica Federal-CEF prejudicadas.

(AC Nº 2007.03.99.039264-1; Segunda Turma; Relatora Des. Fed. Cecília Mello; j. 09/09/2008. v.u., DJF3 25/09/2008)

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO . RECURSO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ARREMATÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

I - Da análise dos autos, destaca-se que o imóvel em questão já foi arrematado e alienado a terceiro, registrados no Cartório de Registro de Imóveis, onde consta a averbação da arrematação, o cancelamento a hipoteca (17/10/2006) e a venda do imóvel (28/11/2007).

II - Mister apontar que os agravados interpuseram a ação originária em 01/06/2007, posteriormente à arrematação e cancelamento da hipoteca (17/10/2006), momento este em que não cabe a antecipação dos efeitos da tutela a impedir os efeitos da execução extrajudicial já concluída.

III - Ressalte-se que eventual nulidade da execução extrajudicial deverá ser analisada no decorrer da instrução processual, ou em ação própria, não sendo o caso do exame em sede de agravo, tendo em vista os elementos de prova constantes dos autos principais, devendo, com o retorno dos autos, ser analisado pelo juiz singular.

IV - Recurso provido.

(AC Nº 2008.03.00.015987-3; Segunda Turma; Relatora Des. Fed. Cecília Mello; j.16/09/2008, v.u., DJF3 03/10/2008)

PROCESSO CIVIL . SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO . PRETENDIDA REVISÃO DAS CLÁUSULAS DO CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL . ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA FORMA DO DECRETO-LEI Nº 70/66 NO CURSO DA DEMANDA . FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE . EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO . AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELO IMPROVIDO.

1. O agravo retido somente pode ser conhecido pelo Tribunal se a parte requerer expressamente o julgamento nas suas razões de apelação, nos termos do que prescreve o § 1º do art. 523 do Código de Processo Civil. Sem a insistência não há espaço para apreciação desse recurso.

2. Para que o processo seja útil é preciso que haja a necessidade concreta do exercício da jurisdição e ainda a adequação do provimento pedido e do procedimento escolhido à situação deduzida.

3. O contrato de mútuo pelo Sistema Financeiro da Habitação firmado entre a parte autora e a instituição financeira foi executado diante da inadimplência do mutuário, extrajudicialmente e com a adjudicação do imóvel ao credor hipotecário, não cabendo, desta forma, mais nenhuma discussão acerca da legalidade ou abusividade das cláusulas nele contidas.

4. Agravo retido não conhecido. Apelação improvida.

(AC Nº 2000.61.05.003235-6; Primeira Turma; Relator Des. Fed. Johanson Di Salvo; j. 15/04/2008. v.u., DJF3 05/05/2008)

SFH . REVISÃO DOS REAJUSTES DAS PRESTAÇÕES . IMÓVEL ARREMATADO . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . DECRETO-LEI 70/66 . FALTA DE INTERESSE DE AGIR . EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO . SENTENÇA CONFIRMADA.

1. No contrato de financiamento em questão, ficou expressamente estabelecido que o vencimento antecipado da dívida, motivado pela falta de pagamento de qualquer importância devida em seu vencimento, ensejaria a sua execução, para efeito de ser exigida de imediato o débito na sua totalidade, com todos os acessórios. Ficou, também, consignada a possibilidade de o processo de execução seguir a forma prevista no Decreto-lei 70/66.

2. Não há que se falar que a arrematação do imóvel, consumada em 09/06/92, decorreu da demora do Poder Judiciário, na apreciação do pedido cautelar formulado em 05/06/92, pois, em 12/02/92, o agente fiduciário expediu notificação aos autores para a purgação da mora, comunicando-lhes que estava autorizada a execução extrajudicial do imóvel, na forma do Decreto-lei 70/66.

3. Dessa forma, restou evidenciada a carência dos autores para a pretensão de discussão acerca do contrato de financiamento imobiliário, em face do vencimento antecipado da dívida e da arrematação do imóvel. Precedentes. Apelação improvida.

(AC nº 94.03.016765-3 / SP, Turma Suplementar da 1ª Seção, Relatora Juíza Noemi Martins, DJU 31/01/2008, pág. 768)

PROCESSUAL CIVIL . CONTRATO DE MÚTUO . SFH . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSUMADA . CONSTITUCIONALIDADE . AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DOS MUTUÁRIOS NO PROSSEGUIMENTO DE AÇÃO CAUTELAR COM PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTÓRIO.

1. Uma vez consumado o leilão extrajudicial, levado a efeito nos moldes do DL 70/66, com a subsequente transferência do domínio do imóvel pela expedição de carta de arrematação em favor do agente financeiro, não mais subsiste o interesse processual dos mutuários no prosseguimento da ação cautelar onde se postula a suspensão da execução extrajudicial, dado que o imóvel objeto da demanda não mais lhe pertence. Carência da ação confirmada. Precedentes da Corte.

2. Apelação dos Autores desprovida.

(TRF 1ª Região, AC nº 2003.38.00.032280-5 / MG, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus, e-DJF1, 14/03/2008, pág. 214)

SFH . CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO . ADJUDICAÇÃO IMÓVEL PELA CER . AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Versando a presente demanda basicamente sobre a revisão de cláusulas contratuais e do saldo devedor, cumpre reconhecer a inexistência de interesse processual, visto que a arrematação do imóvel hipotecado implica em quitação da dívida e em extinção do contrato hipotecário de mútuo hipotecário.

2. As nulidades elencadas pelo recorrente devem ser aduzidas por meio de ação própria que tenha por objetivo a anulação do procedimento de execução extrajudicial, sob pena de violação ao disposto no art. 264 do Código de Processo Civil.

3. Desconfigurado o interesse de agir, caracterizado pelo binômio necessidade/utilidade do processo, nada mais restaria ao Juízo a quo? do que extinguir o presente feito sem julgamento de mérito.

Apelação desprovida.

(TRF 2ª Região, AC nº 2001.51.04.001058-4 / RJ, 8ª Turma Especializada, Relator Juiz Marcelo Pereira, DJU 28/03/2008, pág. 741)

SFH . CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 70/66 . REVISÃO DO CONTRATO . IMÓVEL ADJUDICADO EM PROCESSO DE EXECUÇÃO . AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

O rito de execução previsto no Decreto-lei nº 70/66 não é inconstitucional. Precedente do STJ.

Ausente o interesse de agir da parte autora, face à extinção da relação contratual firmada com o agente financeiro por ocasião da adjudicação do imóvel, em regular processo de execução.

(TRF 4ª Região, AC nº 2001.70.00.00.001522-8 / PR, 4ª Turma, Relator Juiz Edgard Antônio Lippmann Júnior, DE nº 07/04/2008)

CIVIL . SFH . AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL . EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL ENCERRADA.

1. Caso em que a sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir, dado que a arrematação do imóvel e a extinção do contrato, em sede de execução extrajudicial (DL 70/66), tornaram impertinente a discussão a respeito de prestações e saldo devedor do financiamento.

2. A apelação insiste em apontar irregularidades da execução extrajudicial, além da inconstitucionalidade do DL 70/66, e sob esse fundamento sustenta ter inexistido a extinção do contrato.

3. A execução extrajudicial da hipoteca que onera o imóvel adquirido com recursos do SFH, prevista no Decreto-lei nº 70/66, não fere os princípios do devido legal nem o direito à ampla defesa. O SFH já sedimentou entendimento de que o referido decreto foi recepcionado pela Constituição Federal.

4. Descabe a pretensão à revisão de contrato relativo à aquisição de imóvel financiado com recursos do Sistema Financeiro de Habitação se, mercê da inadimplência do ex-mutuário, já se concretizara a execução extrajudicial, nos termos do DL 70/66, inclusive com a arrematação do bem antes do ajuizamento da presente demanda.

5. Apelação improvida. Prejudicado o agravo inominado interposto contra decisão que indeferiu a antecipação da tutela.

(TRF 5ª Região, AGI nº 2001.83.00.00312700-1 / PE, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJ 27/02/2008, pág. 1679)

No caso concreto, restou demonstrado, às fls. 92/92vº, o encerramento da execução extrajudicial, com o registro em cartório da arrematação ou adjudicação do imóvel, devendo ser mantida a r. sentença que, tendo julgado improcedente o pedido de nulidade do procedimento extrajudicial, julgou extinto o feito, no tocante à revisão do contrato de mútuo habitacional.

Diante do exposto, **NEGO SEGUIMENTO ao recurso**, a teor do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, considerando que o recurso está em confronto com a jurisprudência desta Egrégia Corte Regional e dos Egrégios Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Heraldo Vitta

Juiz Federal Convocado

Expediente Nro 7326/2010

00001 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029895-35.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.029895-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : ACHILLES JOSE LARENA (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : CIBELE CRISTINA MARCON e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00138655520104036100 26 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal, em face da decisão que, em sede de mandado de segurança, *deferiu a liminar* para determinar à autoridade impetrada que realizasse a devida alteração da situação funcional do impetrante para inativo, procedendo-se às diligências que necessárias junto ao Ministério do Planejamento.

Consoante petição nº 2010.206403 (fls.108-111), houve sentenciamento do feito, concedendo-se a segurança.

Destarte, restou prejudicado o presente agravo de instrumento por perda de seu objeto.

Em face de todo o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, julgo **PREJUDICADO O RECURSO**.

Intimem-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos à vara de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00002 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031171-04.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.031171-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
AGRAVANTE : RENAN GASPAR PARAVANI
ADVOGADO : ADRIANA MOREIRA DE ANDRADE e outro
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00177419120054036100 1 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

O agravante demanda sob o benefício da gratuidade da justiça, razão pela qual está dispensado do pagamento das custas deste recurso

Trata-se de agravo interposto por Renan Gaspar Paravani contra decisão que, nos autos do processo da ação de indenização por nulidade do ato administrativo c.c reintegração a cargo público, ajuizada em face da União Federal, encerrou a instrução processual, determinando a apresentação de memoriais.

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, pede a revisão do ato impugnado de modo a determinar a realização de nova perícia, tendo em vista que a perícia não atacou os pontos objeto do pedido.

Afirma que houve ofensa ao princípio do contraditório, configurando evidente cerceamento de defesa a ausência de decisão sobre a realização da perícia técnica nos moldes requeridos.

Defende o direito à realização da prova pericial, vez que é absolutamente indispensável para o deslinde da controvérsia. É o breve relatório.

Os argumentos do agravante não merecem guarida.

Ao magistrado, como destinatário da prova, cabe avaliar a necessidade da realização de nova prova pericial.

O laudo pericial e os esclarecimentos prestados pelo perito não vieram aos autos, de modo a comprovar o alegado pelo agravante, no sentido de que a perícia não atacou os pontos objeto do pedido.

Como se vê, a prova dos autos não permite concluir que a perícia realizada não respondeu, adequadamente, aos pontos que seriam objeto do pedido.

Portanto, sendo a prova destinada ao convencimento do julgador, e tendo ele encerrado a instrução processual, nada está a autorizar a realização de nova perícia médica, como pretende o agravante.

Ressalte-se que o artigo 130 do Código de Processo Civil confere ao magistrado a possibilidade de avaliar a necessidade da prova, e de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Portanto, se o juiz de primeiro grau entendeu que a nova prova pericial é desnecessária, encerrando a instrução processual, não cabe ao Tribunal impor sua realização, vez que não lhe é dado interferir na formação da convicção do juiz de primeiro grau de jurisdição.

A propósito, confira-se nota "1b" ao artigo 130 (CPC, Theotonio Negrão, Saraiva, 1999, 30ª ed.), "verbis":

"Sendo o Juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (TFR - 5ª Turma,

Ag 51.774 - MG, rel. Min. Geraldo Sobral, j. 27.2.89, negaram provimento ao agravo, v.u., DJU 15.5.89, pág. 7.935)."

Subsiste, portanto, o contido na decisão agravada.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao agravo.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000287-02.2004.4.03.0000/SP

2004.03.00.000287-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : SERGIO DA SILVEIRA e outros
: IRACEMA DE ARAUJO SILVEIRA
: LENY DA SILVEIRA
: IRIS IDA WAN DER HALEN DEBATIN
: LUIZ ANTONIO DEBATIN DA SILVEIRA
: THEREZA MARLETTI DEBATIN DA SILVEIRA
: PAULO JOSE DEBATIN DA SILVEIRA
: ELIANE GUIMARAES DA SILVEIRA
: CHLORIS DA SILVEIRA LANNA
: HELIO JOSE DA COSTA LANNA
ADVOGADO : MANUEL DE JESUS GOMES DOS SANTOS
PARTE AUTORA : Departamento Nacional Estradas Rodagem DNER
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00.00.80514-9 9 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 365 que, nos autos do processo da ação de desapropriação movida pelo extinto **DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADA DE RODAGEM - DNER**, sucedido pela **UNIÃO FEDERAL** em face de **SÉRGIO DA SILVA** e **OUTROS**, rejeitou o pedido de exclusão dos juros compensatórios incidentes em precatório complementar, em vista a preclusão da matéria suscitada.

Sustentando, em síntese, a existência de erro material, requer a agravante a reforma da r. decisão agravada para que sejam excluídos os juros compensatórios incidentes no precatório complementar.

Pela decisão de fl. 368, o E. Desembargador Federal Luiz Stefanini, determinou a intimação da parte agravada para resposta.

Requisitadas as informações ao Juízo de origem, estas foram prestadas à fl. 377/378.

A União Federal interpôs agravo regimental às fls. 381/390, e a parte agravada apresentou contraminuta às fls. 392/394.

É o relatório.

Decido.

O presente agravo de instrumento comporta julgamento monocrático nos termos do artigo 557, parágrafo 1ºA, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, deve-se considerar que a garantia constitucional da justa indenização possui não apenas o sentido de assegurar ao expropriado o valor devido pelo bem subtraído da sua esfera patrimonial, como também de impor ao expropriante um gravame nem menor nem maior do que aquele realmente devido a título indenizatório.

No caso, cinge-se a controvérsia em verificar se a inclusão dos juros compensatórios em continuação se constitui em erro material, a justificar sua exclusão em sede de precatório complementar, posto que o DNER, sucedido pela União Federal havia concordado, anteriormente, com os cálculos apresentados pela parte agravada.

Assiste razão à agravante.

Com efeito, o erro de cálculo, caracterizado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos, não faz coisa julgada, podendo ser corrigido até mesmo de ofício, conforme disposto no artigo 463 inciso I do Código de Processo Civil.

Desse modo, se em precatório complementar são inseridos juros compensatórios temos um erro material e não aplicação de critérios para atualização da conta, uma vez que, nas sentenças de conhecimento e liquidação, tais verbas não forma incluídas, não se podendo falar em coisa julgada e/ou preclusão.

Nesse sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça que *"...é entendimento consolidado nesta Corte que o Presidente de Tribunal possui competência para, em sede administrativa, excluir a incidência de juros moratórios e compensatórios em continuação, incluídos no cálculo apresentado pela Contadoria do Tribunal de origem, por ocasião do pedido de sequestro para pagamento de precatório (arts. 33 e 78 do ADCT), uma vez que a correção do mencionado equívoco não enseja incursão nos critérios jurídicos definidos no título exequendo, ao revés, correção de erro de cálculo, o qual não faz coisa julgada, podendo ser corrigido até mesmo de ofício, por decisão administrativa do Presidente do Tribunal, com supedâneo no art. 1º-E da Lei 9.494/97. Precedentes do STF:RE-AgR 421616/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 10/08/2007; e do STJ: RMS 27478/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 16/04/2009; RMS 26.518/SP, Primeira Turma, DJ de 23/06/2008; RMS 26.073/SP, Primeira Turma, DJ de 29/10/2008. (AgRg no RMS 29245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 29/06/2010)*

Ademais, o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a conta de atualização deve se restringir ao período compreendido entre a data da homologação dos cálculos anteriores, que deram origem ao último

precatório pago e a data de seu efetivo pagamento, não se subordinando à decisão exequenda, que faz coisa julgada somente em relação ao primeiro cálculo de liquidação.

Depreende-se, portanto, que deve ser considerado o valor constituído por todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários, etc) e, com sua atualização, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam.

Portanto, deverão ser atualizados somente os valores constantes do precatório principal.

Veja-se, a propósito, o entendimento esposado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatora Ministra Denise Arruda, ao julgar o Recurso Especial 796431, em 27 de novembro de 2006, DJ de 27 de novembro de 2006, página 252:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. ALEGADA VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR FORÇA DO PRINCÍPIO QUE VEDA A "REFORMATIO IN PEJUS".

- 1. Os critérios definidos no processo de conhecimento, seja em relação à correção monetária, seja em relação à incidência de juros, somente terão alguma relevância no momento de se proceder ao cálculo para a formação do precatório principal, na medida em que o precatório complementar visa garantir, tão-somente, o recebimento das diferenças apuradas no período em que o valor principal do crédito permaneceu sem qualquer atualização, em decorrência da sistemática adotada antes da edição das Emendas Constitucionais 30/2000 e 37/2002.*
- 2. Não se pode pretender, em sede de precatório complementar, rediscutir a exatidão da conta que serviu de base à expedição do primeiro precatório (principal), tendo em vista a sua homologação por sentença transitada em julgado. Eventuais discussões sobre o acertamento dos valores apurados na primeira conta, à exceção do erro de cálculo - entenda-se apenas o erro aritmético -, já estariam irremediavelmente atingidas pela preclusão.*
- 3. "O instituto da preclusão tem por fundamento a idéia de que o direito não pode beneficiar a omissão da parte, dando-se, por isso, segurança às decisões e sedimentando as fases processuais findas" (HC 33.356/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.5.2004).*
- 4. "Não há perder de vista que o processo, até sob o ângulo etimológico, é um suceder de atos que ficam acobertados pela preclusão (AgRg no REsp 439.502/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ de 17.5.2004).*
- 5. A atualização da conta, no precatório complementar, deve-se restringir ao período compreendido entre a data da homologação dos cálculos anteriores, que deram origem ao último precatório pago, e a data do seu efetivo pagamento, não estando vinculada, em consequência, aos critérios estabelecidos na decisão exequenda, que fazem coisa julgada somente em relação ao primeiro cálculo de liquidação.*
- 6. O valor a ser atualizado para a expedição do precatório complementar é único, composto de todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários etc). Uma vez atualizado o valor do precatório, frise-se, apenas em relação às diferenças apuradas no período em que o valor do crédito permanecia sem qualquer atualização monetária, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam. Por esse motivo, não há falar em nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tampouco em aplicação da norma contida no art. 993 do Código Civil de 1916.*
- 7. Seguindo orientação de que o precatório complementar abrange apenas a atualização monetária dos valores insertos no precatório principal, não são devidos, também, os juros compensatórios. Isso porque tais juros já foram incorporados na conta relativa ao pagamento do precatório principal. Com a atualização de tais valores, estarão eles automaticamente considerados no novo cálculo.*
- 8. Na linha do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, este Superior Tribunal de Justiça, reformulando a anterior orientação a respeito da matéria, firmou jurisprudência no sentido de que, em sede de precatório complementar, não são devidos juros moratórios quando realizado o pagamento dentro do prazo constitucional estabelecido.*
- 9. Não há valar, ainda, em violação da coisa julgada na hipótese. O procedimento eleito pela recorrente - inadvertidamente adotado pela Corte de origem em alguns aspectos - para a atualização do cálculo destinado à formação do precatório complementar é que não está adequado à apuração o valor efetivamente devido. Entretanto, deve ser mantida a orientação adotada pela Corte de origem, tendo em vista o princípio que veda a "reformatio in pejus".*
- 10. O fato de ter ou não havido o levantamento do depósito efetuado no início do feito expropriatório não tem qualquer relevância para a expedição do precatório complementar. Todavia, não tendo sido essa a orientação adotada pelo Tribunal "a quo", impõe-se seja analisada a questão por outro ângulo.*
- 11. Ainda que não tenha havido o levantamento de oitenta por cento (80%) do preço inicialmente depositado, conforme a faculdade prevista no § 2º do art. 33 do Decreto-Lei 3.365/41, a responsabilidade por esse fato não pode ser atribuída ao ente público, pois é dever do expropriado providenciar a documentação necessária à sua efetivação, nos termos do art. 34 do mesmo diploma legal.*
- 12. Ademais, o "caput" do referido art. 33 dispõe expressamente que "o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização". Não resta dúvida, portanto, de que, na liquidação da sentença, o valor do depósito inicial, devidamente atualizado, deve ser deduzido do valor total da condenação, independentemente do seu efetivo levantamento.*

13. Recurso especial desprovido. Manutenção do acórdão recorrido, tendo em vista o princípio que veda a "reformatio in pejus".

Em decorrência, não podem ser incluídos juros compensatórios, vez que já incorporados na conta referente ao pagamento do precatório principal. Atualizados os valores deste, os juros compensatórios, automaticamente, estão abrangidos pelo novo cálculo.

Nessa esteira, os acórdãos :

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCLUSÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. ...

3 Afigura-se indevida a inclusão de juros compensatórios em cálculo de atualização de precatório complementar. REsp 433.514/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.11.2004.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 659.054/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.5.2005;

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. VIOLAÇÃO DO ART. 794, i, DO CPC. INCLUSÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Afigura-se indevida a inclusão de juros compensatórios em cálculo de atualização de precatório complementar.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 760.892/mg, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26.9.2005);

"PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual são incabíveis juros compensatórios no cálculo de atualização de precatório complementar. Precedentes : RESP 44.499/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 13.06.2005, RESP 675.598/RS 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.2005.

3. Recurso especial a que se dá provimento."

(REsp 734.039/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005).

Na hipótese, depreende-se dos autos que os juros compensatórios, como elemento da indenização, já foram calculados e pagos por ocasião do recebimento do primeiro precatório expedido, razão pela qual não são devidos outros valores a esse título.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º - A do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão de fl. 365 e acolher os cálculos informados pela União Federal às fls. 341/342 de 17.05.2002. Prejudicado o agravo regimental.

Int.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00004 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017929-22.2003.4.03.0000/SP

2003.03.00.017929-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE

AGRAVANTE : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

AGRAVADO : MIGUEL RODRIGUES MALDONADO

ADVOGADO : ANTONIO AVANCO

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 00.00.47758-3 7 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO FEDERAL** contra decisão trasladada à fl. 386 que, nos autos da ação de desapropriação indireta movida por **MIGUEL RODRIGUES MALDONADO** em face do extinto **DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS E SANEAMENTO**, acolheu os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial e determinou a expedição de ofício complementar para pagamento do valor apurado, observando-se os termos da Resolução 258/02, com redação dada pela Resolução 270/02, ambas do Conselho da Justiça Federal.

Em suas razões, sob o argumento de que a conta elaborada pela contadoria judicial está incorreta, pois incluiu juros de mora e compensatórios em continuação no cálculo de atualização, requer a agravante a reforma da r. decisão agravada

nesse ponto, bem como seja determinado o pagamento mediante precatório, pois inaplicável o disposto nas Resoluções 258/02 e 270/02 do Conselho da Justiça Federal.

Pela decisão de fls. 389/390, esta Relatora admitiu o recurso e deferiu, parcialmente, o efeito suspensivo para afastar do cálculo de atualização o valor relativo aos juros compensatórios, bem como para determinar que a forma de pagamento do saldo remanescente seja feita pela via do precatório.

Às fls. 404/411, a União Federal interpôs embargos de declaração, com o objetivo de sanar a omissão da decisão de fls. 389/390, vez que não houve pronunciamento acerca dos juros de mora em continuação.

Certificado à fl. 412 o decurso de prazo para oferecimento da contraminuta e interposição do agravo regimental. É o relatório.

Decido.

Este recurso comporta julgamento monocrático nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil. Inicialmente, deve-se considerar que a garantia constitucional da justa indenização possui não apenas o sentido de assegurar ao expropriado o valor devido pelo bem subtraído da sua esfera patrimonial, como também de impor ao expropriante um gravame nem menor nem maior do que aquele realmente devido a título indenizatório.

No caso, o cerne da questão diz respeito à incidência dos juros de mora e compensatórios em continuação no cálculo de atualização elaborado pela Contadoria Judicial.

Assiste razão à agravante.

Com efeito, o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a conta de atualização deve se restringir ao período compreendido entre a data da homologação dos cálculos anteriores, que deram origem ao último precatório pago, e a data de seu efetivo pagamento, não se subordinando à decisão exequenda, que faz coisa julgada somente em relação ao primeiro cálculo de liquidação.

Depreende-se, portanto, que deve ser considerado o valor constituído por todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários, etc) e, com sua atualização, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam.

Portanto, deverão ser atualizados somente os valores constantes do precatório principal.

Veja-se, a propósito, o entendimento esposado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatora Ministra Denise Arruda, ao julgar o Recurso Especial 796431, em 27 de novembro de 2006, DJ de 27 de novembro de 2006, página 252 :

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. ALEGADA VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR FORÇA DO PRINCÍPIO QUE VEDA A "REFORMATIO IN PEJUS".

1. Os critérios definidos no processo de conhecimento, seja em relação à correção monetária, seja em relação à incidência de juros, somente terão alguma relevância no momento de se proceder ao cálculo para a formação do precatório principal, na medida em que o precatório complementar visa garantir, tão-somente, o recebimento das diferenças apuradas no período em que o valor principal do crédito permaneceu sem qualquer atualização, em decorrência da sistemática adotada antes da edição das Emendas Constitucionais 30/2000 e 37/2002.

2. Não se pode pretender, em sede de precatório complementar, rediscutir a exatidão da conta que serviu de base à expedição do primeiro precatório (principal), tendo em vista a sua homologação por sentença transitada em julgado. Eventuais discussões sobre o acertamento dos valores apurados na primeira conta, à exceção do erro de cálculo - entenda-se apenas o erro aritmético -, já estariam irremediavelmente atingidas pela preclusão.

3. "O instituto da preclusão tem por fundamento a idéia de que o direito não pode beneficiar a omissão da parte, dando-se, por isso, segurança às decisões e sedimentando as fases processuais findas" (HC 33.356/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.5.2004).

4. "Não há perder de vista que o processo, até sob o ângulo etimológico, é um suceder de atos que ficam acobertados pela preclusão (AgRg no REsp 439.502/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ de 17.5.2004).

5. A atualização da conta, no precatório complementar, deve-se restringir ao período compreendido entre a data da homologação dos cálculos anteriores, que deram origem ao último precatório pago, e a data do seu efetivo pagamento, não estando vinculada, em consequência, aos critérios estabelecidos na decisão exequenda, que fazem coisa julgada somente em relação ao primeiro cálculo de liquidação.

6. O valor a ser atualizado para a expedição do precatório complementar é único, composto de todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários etc). Uma vez atualizado o valor do precatório, frise-se, apenas em relação às diferenças apuradas no período em que o valor do crédito permanecia sem qualquer atualização monetária, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam. Por esse motivo, não há falar em nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tampouco em aplicação da norma contida no art. 993 do Código Civil de 1916.

7. Seguindo orientação de que o precatório complementar abrange apenas a atualização monetária dos valores insertos no precatório principal, não são devidos, também, os juros compensatórios. Isso porque tais juros já foram incorporados na conta relativa ao pagamento do precatório principal. Com a atualização de tais valores, estarão eles automaticamente considerados no novo cálculo.

8. Na linha do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, este Superior Tribunal de Justiça, reformulando a anterior orientação a respeito da matéria, firmou jurisprudência no sentido de que, em sede de precatório

complementar, não são devidos juros moratórios quando realizado o pagamento dentro do prazo constitucional estabelecido.

9. Não há valar, ainda, em violação da coisa julgada na hipótese. O procedimento eleito pela recorrente - inadvertidamente adotado pela Corte de origem em alguns aspectos - para a atualização do cálculo destinado à formação do precatório complementar é que não está adequado à apuração o valor efetivamente devido. Entretanto, deve ser mantida a orientação adotada pela Corte de origem, tendo em vista o princípio que veda a "reformatio in pejus".

10. O fato de ter ou não havido o levantamento do depósito efetuado no início do feito expropriatório não tem qualquer relevância para a expedição do precatório complementar. Todavia, não tendo sido essa a orientação adotada pelo Tribunal "a quo", impõe-se seja analisada a questão por outro ângulo.

11. Ainda que não tenha havido o levantamento de oitenta por cento (80%) do preço inicialmente depositado, conforme a faculdade prevista no § 2º do art. 33 do Decreto-Lei 3.365/41, a responsabilidade por esse fato não pode ser atribuída ao ente público, pois é dever do expropriado providenciar a documentação necessária à sua efetivação, nos termos do art. 34 do mesmo diploma legal.

12. Ademais, o "caput" do referido art. 33 dispõe expressamente que "o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização". Não resta dúvida, portanto, de que, na liquidação da sentença, o valor do depósito inicial, devidamente atualizado, deve ser deduzido do valor total da condenação, independentemente do seu efetivo levantamento.

13. Recurso especial desprovido. Manutenção do acórdão recorrido, tendo em vista o princípio que veda a "reformatio in pejus".

Em decorrência disso, não podem ser incluídos juros compensatórios, vez que já incorporados na conta referente ao pagamento do precatório principal. Atualizados os valores deste, os juros compensatórios, automaticamente, estão abrangidos pelo novo cálculo.

Nessa esteira, os acórdãos :

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCLUSÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. ...

3 Afigura-se indevida a inclusão de juros compensatórios em cálculo de atualização de precatório complementar. REsp 433.514/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.11.2004.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 659.054/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.5.2005;

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. VIOLAÇÃO DO ART. 794, I, DO CPC. INCLUSÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Afigura-se indevida a inclusão de juros compensatórios em cálculo de atualização de precatório complementar.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 760.892/mg, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26.9.2005);

"PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual são incabíveis juros compensatórios no cálculo de atualização de precatório complementar. Precedentes : RESP 44.499/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 13.06.2005, RESP 675.598/RS 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.2005.

3. Recurso especial a que se dá provimento."

(REsp 734.039/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005).

Na hipótese, os juros compensatórios, como elemento da indenização, já foram calculados e pagos por ocasião do recebimento do primeiro precatório expedido, razão pela qual não são devidos outros valores a esse título.

Quanto à incidência dos juros moratórios, a Corte Suprema já decidiu que estes são indevidos no período compreendido entre a data da expedição do precatório principal e a do seu efetivo pagamento, pois que inexistente, nesse interregno, mora para o ente público, considerado o próprio sistema do precatório, devendo ser levado em conta, ainda, se o pagamento do precatório principal foi realizado dentro do prazo constitucional.

A propósito da sistemática anterior à atual redação do parágrafo 1º do artigo 100 da Carta Magna, introduzida pela Emenda Constitucional nº 30/2000, entendo oportuno transcrever parte do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 298.616-0/SP :

"Ora, os juros de mora, perdoe-se o óbvio, supõem mora. E não está em mora quem tem prazo para pagamento, em parte do qual, ademais, lhe é impossível solver a obrigação ; com efeito, até a inclusão da verba no orçamento, o pagamento é impossível. E depois se fará conforme as forças do depósito, na ordem cronológica dos precatórios, até o final do exercício. (...) existe uma nítida confusão entre juros de mora e atualização de valor do precatório.

Atualização é mera correção da expressão monetária da dívida, mantido, ao menos teoricamente, o seu valor originário. Juros de mora, diversamente, são a sanção do não-adimplemento, no prazo assinado ao devedor da obrigação."

Só me resta acompanhar tal entendimento, no sentido de que não incidem juros moratórios no período compreendido entre a data da expedição do precatório principal e a do seu efetivo pagamento, a não ser quando ultrapassado o prazo constitucional para o pagamento.

Nessa direção, o juízo da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 509.049/SC, Rel. para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 16 de fevereiro de 2004 : **"EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA. SALVO SE O PAGAMENTO NÃO OCORRER NO PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO.**

1. A jurisprudência do STJ, em conformidade com a orientação traçada pelo STF, considera que, havendo, por parte da Fazenda, o cumprimento do prazo constitucional para o pagamento dos precatórios (mês de dezembro do ano subsequente ao da respectiva apresentação), os juros moratórios são indevidos, por duas razões : primeira, porque a Constituição mandou incluir somente correção monetária; segunda, porque não houve mora.

2. Todavia, uma interpretação dessa orientação a "contrario sensu" leva à seguinte conclusão : se a Fazenda não atende o prazo constitucional para o pagamento do precatório, configurar-se-á situação de mora, caso em que (a) são devidos juros de mora e (b) incidem sobre o período da mora, ou seja, a partir do dia seguinte ao do prazo constitucional do pagamento do precatório. Em outras palavras : não havendo pagamento do precatório até dezembro do ano seguinte ao da sua apresentação, passam, a partir de então (1º de janeiro subsequente) a incidir juros de mora.

3. No caso contrário, apresentado o precatório em julho de 1999, o seu pagamento ocorreu em janeiro de 2001, razão pela qual não são devidos juros moratórios até dezembro de 2000, mas são devidos no período de janeiro de 2001.

Veja-se, ainda :

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MORA POR PARTE DO PODER PÚBLICO.

I - Em se tratando de precatório complementar, a Egrégia Primeira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido da não incidência de juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição e a do efetivo pagamento de precatório judicial, no prazo constitucionalmente estabelecido, à vista da não-caracterização, na espécie, de inadimplemento por parte do Poder Público.

II - Precedentes : EREsp nº 295.817/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09.08.2004; EREsp nº 436.857/DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2004.

III - Agravo regimental improvido."

(AgRg nos EREsp 462.547/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 01.02.2005).

Para dirimir qualquer controvérsia acerca do tema, o E STF acabou editando a Súmula Vinculante nº 17, nos seguintes termos:

"Durante o período previsto no § 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos."

Nestes termos, no caso, não há que se cogitar em mora do ente público, porquanto se extrai dos autos que o último precatório foi apresentado em julho de 1993 (fls.296/299) e o depósito foi efetuado em setembro de 1994, dentro, portanto, do prazo constitucional que expiraria em 31.12.1994.

Ressalte-se, ademais, que o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que **"Não incidem juros moratórios no período compreendido entre a homologação da conta de liquidação e a expedição de requisição de pagamento e o registro do precatório, uma vez que os juros de mora correspondem a uma sanção pecuniária pelo inadimplemento da obrigação no prazo assinado. Assim a demora do Poder Judiciário em inscrever o débito no regime precatório, ou em expedir a requisição de pequeno valor, não pode ser imputada à Fazenda Pública, porquanto esta não está autorizada a dispensar esses procedimentos, previstos constitucionalmente, para o pagamento de seus débitos..."** (AgRg no Ag 1030108/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 21/06/2010)

Conclui-se, portanto, que em sede de precatório complementar não são devido os juros compensatórios e moratórios.

Acréscia-se, por outro lado, que a parte agravada reconhece à fl. 333, que os depósitos efetuados em 06.09.94 (R\$310,76) e 08.05.96 (R\$19.359,26) correspondem à correção monetária do valor primitivo da conta elaborada em 10.9.91, razão pela qual, se diferença houver, esta decorre tão somente da aplicação de índices de atualização, conforme os cálculos apresentados pela União Federal à fl. 362.

Por fim, a forma de pagamento a ser observada é a do precatório, vez que a norma prevista no parágrafo único do artigo 3º da Resolução 258/02, com a redação dada pela Resolução 270/02, não se aplica aos processos de desapropriação, como é o caso.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reformar a decisão de fls. 458/459, acatar os cálculos informados pela União Federal à fl. 362 apurados em

novembro/1998, bem como para determinar que a forma de pagamento do saldo remanescente seja feita pela via do precatório. Prejudicado os embargos de declaração, vez que suprida a omissão apontada.
Int.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
RAMZA TARTUCE
Desembargadora Federal

00005 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033143-09.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033143-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
AGRAVANTE : CLAUDIA DE FATIMA DE OLIVEIRA MOURA e outros
: DJANIRA MARQUES CRUZ
: ELIZABETH BRIGACAO DE FARIA LAINETTI
: IZIDIO ALVES DOS SANTOS
: OLAIR DOS SANTOS
ADVOGADO : ELIANA LUCIA FERREIRA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
AGRAVADO : Comissao Nacional de Energia Nuclear CNEN
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00204701720104036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cláudia de Fátima de Oliveira Moura e outros contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo - SP que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da União Federal, objetivando o reconhecimento de seu direito ao recálculo da parcela denominada vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI, indeferiu o pedido de justiça gratuita.

Neste recurso, ao qual pretendem seja atribuído o efeito suspensivo, pedem a revisão do ato impugnado, de modo a se deferir o pedido de assistência judiciária gratuita.

É o breve relatório.

A Constituição Federal instituiu, no artigo 5º, inciso LXXIV, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

E a Lei nº 1060/50, em seu artigo 4º, dispõe que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio e ou da família.

A esse respeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a pessoa física, a simples afirmação do estado de miserabilidade é suficiente para o deferimento da assistência judiciária gratuita:

A jurisprudência consolidada no âmbito da Primeira Seção é no sentido de que a declaração de hipossuficiência emitida pela pessoa física para fins de obtenção da assistência judiciária gratuita goza de presunção "iuris tantum" de veracidade, cabendo à parte adversa a produção de prova em contrário.

(REsp nº 1115300 / PR, 1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 19/08/2009)

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o pedido de assistência judiciária gratuita pode ser feito em qualquer momento processual, sendo suficiente à sua obtenção a simples afirmação do estado de miserabilidade. Precedentes.

(AgRg nos EDcl no Ag nº 940144 / MG, 5ª Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 08/06/2009)

No entanto, a presunção decorrente do artigo de lei acima transcrito não é absoluta, podendo o benefício da gratuidade da justiça, conforme o caso, ser indeferido, se houver elementos de convicção no sentido de que a situação financeira do requerente não corresponde àquela declarada.

Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente (art. 4º, § 1º, da Lei 1060/1950). Basta a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões.

(RMS nº 27582 / RS, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 09/03/2009)

Por não se tratar de direito absoluto, porquanto a declaração de pobreza implica simples presunção "juris tantum", pode o magistrado, se tiver fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado de miserabilidade declarado, exigir-lhe que faça prova de sua situação.

(AgRg no Ag nº 1006207 / SP, 3ª Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 20/06/2008)

É admitido ao juiz, quando tiver fundadas razões, indeferir pedido de assistência judiciária gratuita, não obstante declaração da parte de que a situação econômica não lhe possibilita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (Lei nº 1060/50).

(REsp nº 785043 / SP, 4ª Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 16/04/2007, pág. 207)

A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente (Lei nº 1060/50, art. 4º, § 1º). É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões. Precedentes.

(REsp nº 234306 / MG, 5ª Turma, Relator Ministro Félix Fischer, DJ 14/02/2000, pág. 70)

No caso concreto, consta dos autos a declaração dos agravantes no sentido de que não estão em condições de pagar as custas do processo.

No entanto, a par da declaração firmada, a renda demonstrada nos documentos colacionados ao feito não permite concluir que os agravante fazem jus ao benefício reivindicado.

Diante do exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo recursal, à Vara de origem para apensamento aos autos principais.

Int.

São Paulo, 04 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026275-54.2006.4.03.0000/SP

2006.03.00.026275-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE

AGRAVANTE : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

SUCEDIDO : Departamento Nacional Estradas Rodagem DNER

AGRAVADO : EMILIO ANTONIO SOUZA AGUIAR NINA RIBEIRO

ADVOGADO : JOSE CARLOS ETRUSCO VIEIRA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 00.04.54076-0 5 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO FEDERAL** contra decisão trasladada às fls. 409/410 que, nos autos da ação de desapropriação indireta movida por **EMILIO ANTONIO SOUZA AGUIAR NINA RIBEIRO**, em face do extinto **DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM - DNER**, determinou a realização do cálculo de atualização do débito, com a incidência dos juros moratórios e compensatórios.

Em suas razões, sob o argumento de que é devida a inclusão de juros compensatórios e de mora em precatório complementar, requer a agravante a reforma da decisão agravada.

Pela decisão de fl. 414, esta Relatora admitiu o recurso e deferiu o efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contraminuta às fls. 421/425.

Certificado à fl. 426 o decurso de prazo para a interposição do agravo regimental.

É o relatório.

Decido.

Este recurso comporta julgamento monocrático nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, deve-se considerar que a garantia constitucional da justa indenização possui, não apenas o sentido de assegurar ao expropriado o valor devido pelo bem subtraído da sua esfera patrimonial, como também de impor ao expropriante um gravame nem menor nem maior do que aquele realmente devido a título indenizatório.

No caso, o cerne da questão diz respeito à incidência dos juros de mora e compensatórios em continuação no cálculo de atualização do débito elaborado pela Contadoria Judicial.

Assiste razão à agravante.

Com efeito, o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que a conta de atualização deve se restringir ao período compreendido entre a data da homologação dos cálculos anteriores, que deram origem ao último precatório pago, e a data de seu efetivo pagamento, não se subordinando mais à decisão exequenda, que faz coisa julgada somente em relação ao primeiro cálculo de liquidação.

Depreende-se, portanto, que deve ser considerado o valor constituído por todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários, etc) e, com sua atualização, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam.

Portanto, deverão ser atualizados somente os valores constantes do precatório principal.

Veja-se, a propósito, o entendimento esposado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Relatora Ministra Denise Arruda, ao julgar o Recurso Especial 796431, em 27 de novembro de 2006, DJ de 27 de novembro de 2006, página 252 :

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. ALEGADA VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR FORÇA DO PRINCÍPIO QUE VEDA A "REFORMATIO IN PEJUS".

1. Os critérios definidos no processo de conhecimento, seja em relação à correção monetária, seja em relação à incidência de juros, somente terão alguma relevância no momento de se proceder ao cálculo para a formação do precatório principal, na medida em que o precatório complementar visa garantir, tão-somente, o recebimento das diferenças apuradas no período em que o valor principal do crédito permaneceu sem qualquer atualização, em decorrência da sistemática adotada antes da edição das Emendas Constitucionais 30/2000 e 37/2002.
2. Não se pode pretender, em sede de precatório complementar, rediscutir a exatidão da conta que serviu de base à expedição do primeiro precatório (principal), tendo em vista a sua homologação por sentença transitada em julgado. Eventuais discussões sobre o acertamento dos valores apurados na primeira conta, à exceção do erro de cálculo - entenda-se apenas o erro aritmético -, já estariam irremediavelmente atingidas pela preclusão.
3. "O instituto da preclusão tem por fundamento a idéia de que o direito não pode beneficiar a omissão da parte, dando-se, por isso, segurança às decisões e sedimentando as fases processuais findas" (HC 33.356/RS, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.5.2004).
4. "Não há perder de vista que o processo, até sob o ângulo etimológico, é um suceder de atos que ficam acobertados pela preclusão (AgRg no REsp 439.502/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ de 17.5.2004).
5. A atualização da conta, no precatório complementar, deve-se restringir ao período compreendido entre a data da homologação dos cálculos anteriores, que deram origem ao último precatório pago, e a data do seu efetivo pagamento, não estando vinculada, em consequência, aos critérios estabelecidos na decisão exequenda, que fazem coisa julgada somente em relação ao primeiro cálculo de liquidação.
6. O valor a ser atualizado para a expedição do precatório complementar é único, composto de todas as parcelas que integraram a condenação inicial (principal, juros, honorários etc). Uma vez atualizado o valor do precatório, frise-se, apenas em relação às diferenças apuradas no período em que o valor do crédito permanecia sem qualquer atualização monetária, estarão automaticamente atualizadas todas as parcelas que o integravam. Por esse motivo, não há falar em nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios, tampouco em aplicação da norma contida no art. 993 do Código Civil de 1916.
7. Seguindo orientação de que o precatório complementar abrange apenas a atualização monetária dos valores insertos no precatório principal, não são devidos, também, os juros compensatórios. Isso porque tais juros já foram incorporados na conta relativa ao pagamento do precatório principal. Com a atualização de tais valores, estarão eles automaticamente considerados no novo cálculo.
8. Na linha do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, este Superior Tribunal de Justiça, reformulando a anterior orientação a respeito da matéria, firmou jurisprudência no sentido de que, em sede de precatório complementar, não são devidos juros moratórios quando realizado o pagamento dentro do prazo constitucional estabelecido.
9. Não há valar, ainda, em violação da coisa julgada na hipótese. O procedimento eleito pela recorrente - inadvertidamente adotado pela Corte de origem em alguns aspectos - para a atualização do cálculo destinado à formação do precatório complementar é que não está adequado à apuração o valor efetivamente devido. Entretanto, deve ser mantida a orientação adotada pela Corte de origem, tendo em vista o princípio que veda a "reformatio in pejus".
10. O fato de ter ou não havido o levantamento do depósito efetuado no início do feito expropriatório não tem qualquer relevância para a expedição do precatório complementar. Todavia, não tendo sido essa a orientação adotada pelo Tribunal "a quo", impõe-se seja analisada a questão por outro ângulo.
11. Ainda que não tenha havido o levantamento de oitenta por cento (80%) do preço inicialmente depositado, conforme a faculdade prevista no § 2º do art. 33 do Decreto-Lei 3.365/41, a responsabilidade por esse fato não pode ser atribuída ao ente público, pois é dever do expropriado providenciar a documentação necessária à sua efetivação, nos termos do art. 34 do mesmo diploma legal.
12. Ademais, o "caput" do referido art. 33 dispõe expressamente que "o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização". Não resta dúvida, portanto, de que, na liquidação da sentença, o valor do depósito inicial, devidamente atualizado, deve ser deduzido do valor total da condenação, independentemente do seu efetivo levantamento.
13. Recurso especial desprovido. Manutenção do acórdão recorrido, tendo em vista o princípio que veda a "reformatio in pejus".

Em decorrência desse entendimento, não podem ser incluídos juros compensatórios, vez que já incorporados na conta referente ao pagamento do precatório principal. Atualizados os valores deste, os juros compensatórios, automaticamente, estão abrangidos pelo novo cálculo.

Nessa esteira, os seguintes acórdãos :

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. DESAPROPRIAÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCLUSÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. ...

3 *Afigura-se indevida a inclusão de juros compensatórios em cálculo de atualização de precatório complementar.* REsp 433.514/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.11.2004.

4. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no REsp 659.054/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 2.5.2005;

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. VIOLAÇÃO DO ART. 794, i, DO CPC. INCLUSÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Afigura-se indevida a inclusão de juros compensatórios em cálculo de atualização de precatório complementar.*

2. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.*

(REsp 760.892/mg, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26.9.2005);

"PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. ...

2. *A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual são incabíveis juros compensatórios no cálculo de atualização de precatório complementar. Precedentes : RESP 44.499/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 13.06.2005, RESP 675.598/RS 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.2005.*

3. *Recurso especial a que se dá provimento."*

(REsp 734.039/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005).

Na hipótese, os juros compensatórios, como elemento da indenização, já foram calculados e pagos por ocasião do recebimento do primeiro precatório expedido, razão pela qual não são devidos outros valores a esse título.

Quanto à incidência dos juros moratórios, a Corte Suprema já decidiu que estes são devidos no período compreendido entre a data da expedição do precatório principal e a do seu efetivo pagamento, pois que inexiste, nesse interregno, mora para o ente público, considerado o próprio sistema do precatório, devendo ser levado em conta, ainda, se o pagamento do precatório principal foi realizado dentro do prazo constitucional.

A propósito da sistemática anterior à atual redação do parágrafo 1º do artigo 100 da Carta Magna, introduzida pela Emenda Constitucional nº 30/2000, entendo oportuno transcrever parte do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 298.616-0/SP :

"Ora, os juros de mora, perdoe-se o óbvio, supõem mora. E não está em mora quem tem prazo para pagamento, em parte do qual, ademais, lhe é impossível solver a obrigação ; com efeito, até a inclusão da verba no orçamento, o pagamento é impossível. E depois se fará conforme as forças do depósito, na ordem cronológica dos precatórios, até o final do exercício. (...) existe uma nítida confusão entre juros de mora e atualização de valor do precatório. Atualização é mera correção da expressão monetária da dívida, mantido, ao menos teoricamente, o seu valor originário. Juros de mora, diversamente, são a sanção do não-adimplemento, no prazo assinado ao devedor da obrigação."

Só me resta acompanhar tal entendimento, no sentido de que não incidem juros moratórios no período compreendido entre a data da expedição do precatório principal e a do seu efetivo pagamento, a não ser quando ultrapassado o prazo constitucional para o pagamento.

Nessa mesma direção o juízo da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 509.049/SC, Rel. para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 16 de fevereiro de 2004 :

"EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA. SALVO SE O PAGAMENTO NÃO OCORRER NO PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO.

1. *A jurisprudência do STJ, em conformidade com a orientação traçada pelo STF, considera que, havendo, por parte da Fazenda, o cumprimento do prazo constitucional para o pagamento dos precatórios (mês de dezembro do ano subsequente ao da respectiva apresentação), os juros moratórios são devidos, por duas razões : primeira, porque a Constituição mandou incluir somente correção monetária; segunda, porque não houve mora.*

2. *Todavia, uma interpretação dessa orientação a "contrario sensu" leva à seguinte conclusão : se a Fazenda não atende o prazo constitucional para o pagamento do precatório, configurar-se-á situação de mora, caso em que (a) são devidos juros de mora e (b) incidem sobre o período da mora, ou seja, a partir do dia seguinte ao do prazo constitucional do pagamento do precatório. Em outras palavras : não havendo pagamento do precatório até dezembro do ano seguinte ao da sua apresentação, passam, a partir de então (1º de janeiro subsequente) a incidir juros de mora.*

3. *No caso contrário, apresentado o precatório em julho de 1999, o seu pagamento ocorreu em janeiro de 2001, razão pela qual não são devidos juros moratórios até dezembro de 2000, mas são devidos no período de janeiro de 2001.*

Veja-se, ainda :

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS MORATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE MORA POR PARTE DO PODER PÚBLICO.

I - Em se tratando de precatório complementar, a Egrégia Primeira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido da não incidência de juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição e a do efetivo pagamento de precatório judicial, no prazo constitucionalmente estabelecido, à vista da não-caracterização, na espécie, de inadimplemento por parte do Poder Público.

II - Precedentes : EREsp nº 295.817/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09.08.2004; EREsp nº 436.857/DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2004.

III - Agravo regimental improvido."

(AgRg nos EREsp 462.547/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 01.02.2005).

Para dirimir qualquer controvérsia acerca do tema, o E STF acabou editando a Súmula Vinculante nº 17, nos seguintes termos:

"Durante o período previsto no § 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos."

Ressalte-se, ademais, que o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que **"não incidem juros moratórios no período compreendido entre a homologação da conta de liquidação e a expedição de requisição de pagamento e o registro do precatório, uma vez que os juros de mora correspondem a uma sanção pecuniária pelo inadimplemento da obrigação no prazo assinado. Assim a demora do Poder Judiciário em inscrever o débito no regime precatório, ou em expedir a requisição de pequeno valor, não pode ser imputada à Fazenda Pública, porquanto esta não está autorizada a dispensar esses procedimentos, previstos constitucionalmente, para o pagamento de seus débitos..."**

(AgRg no Ag 1030108/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 21/06/2010)

Nestes termos, no caso, não há elementos nos autos que possam levar a concluir que o ente público não tenha cumprido o prazo constitucional por ocasião da apresentação do precatório principal, a justificar a incidência dos juros de mora em precatório complementar.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para determinar a exclusão dos juros compensatórios e de mora em sede de precatório complementar.

Int.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00007 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030484-27.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.030484-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
AGRAVANTE : SILVIO AURICCHIO
ADVOGADO : SIMONITA FELDMAN BLIKSTEIN
AGRAVADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARCELO FERREIRA ABDALLA e outro
PARTE AUTORA : DORIVAL CERIGATTO e outros
: GERALDA AUGUSTA DA SILVA
: IVANI BARBOSA
: JOAO PEREIRA NETO
: JOAO PICOLLI
: JOSE CHAVES DOS REIS
: JOSE FRANCISCO OLIVEIRA BASTOS
: ORTENCIO LOVO
: VALTER LOZANO
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00188104219974036100 4 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

O agravante é beneficiário da justiça gratuita, razão pela qual fica dispensado do pagamento das custas deste recurso.

Insurge-se ele contra decisão proferida nos autos do processo da ação ajuizada em face da CEF, visando obter o crédito relativo à aplicação da taxa progressiva de juros, nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, julgada procedente e em face de execução, lavrada nos seguintes termos (fl. 13):

Tendo em vista o pedido de desistência formulado pelos co-autores Ortencio, Ivani, José Francisco e José Chaves, dou por cumprida a obrigação da CEF.

Preliminarmente, comprove o co-autor Silvio Auricchio ter esgotado os meios ordinários para a localização dos extratos necessários para o cumprimento do Julgado.

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, pede a revisão do ato impugnado, de modo a determinar à CEF a juntada dos autos dos extratos da conta vinculada do agravante, para apuração de seus créditos. Sustenta, em síntese, que na qualidade de sucessora do BNH em todos os direitos e obrigações, não poderia a CEF esquivar-se de trazer aos autos os extratos analíticos completos da conta vinculada do agravante, no período declinado na inicial.

Afirma que a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que incumbe à CEF o ônus de trazer aos autos os extratos das contas vinculadas do FGTS.

É o breve relatório.

A Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reiterou o entendimento de que a responsabilidade pela apresentação dos extratos analíticos é exclusiva da CEF, enquanto gestora do FGTS, pois ela tem total acesso a todos os documentos relacionados ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e deve fornecer as provas necessárias ao correto exame do direito pleiteado pelos titulares das contas, o que inclui os casos em que os extratos são anteriores a 1992, nas ações de execução das diferenças de correção monetária das contas do FGTS, ainda que, para conseguir os extratos, seja necessário requisitá-los aos bancos depositários, inclusive com relação aos extratos anteriores à migração das contas que não tenham sido transferidas à CEF.

Ademais, o Decreto 99.684/90, na parte em que regulamenta a migração das contas para a gestão da CEF, estabelece no seu artigo 24 que os bancos depositários devem informar detalhadamente à empresa pública toda a movimentação ocorrida no período anterior à transferência.

Neste sentido, confira-se os seguintes julgados do E. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FGTS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO - EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS - RESPONSABILIDADE DA CEF. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, mediante a utilização da metodologia de julgamento de recursos repetitivos (prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, incluído pela Lei 11.672/08), no REsp 1.108.034/RN, firmou entendimento segundo o qual cabe à Caixa Econômica Federal a apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS, mesmo anteriores a 1992. 2. Ficou assentado, ainda, que "A responsabilidade é exclusiva da CEF, ainda que, para adquirir os extratos, seja necessário requisitá-los aos bancos depositários, inclusive com relação aos extratos anteriores à migração das contas que não tenham sido transferidas à CEF". 3. Recurso especial não provido.

(RESP1129608, 1ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE DATA:31/08/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FGTS. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS. RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO Nº 8/2008 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução nº 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça, que a responsabilidade pela apresentação dos extratos analíticos das contas vinculadas do FGTS é exclusiva da Caixa Econômica Federal, enquanto gestora do Fundo, inclusive em relação ao período anterior à centralização das contas, em 1992. 2. Agravo regimental improvido.

(AGA 1104732, 1ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJE 14/06/2010)

TRIBUTÁRIO - FGTS - APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO - EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS - RESPONSABILIDADE DA CEF - PRECEDENTES.

1. O entendimento reiterado deste Tribunal é no sentido de que a responsabilidade pela apresentação dos extratos analíticos é da Caixa Econômica Federal - enquanto gestora do FGTS -, pois tem ela total acesso a todos os documentos relacionados ao Fundo e deve fornecer as provas necessárias ao correto exame do pleiteado pelos fundistas.

2. Idêntico entendimento tem orientado esta Corte nos casos em que os extratos são anteriores a 1992, nas ações de execução das diferenças de correção monetária das contas do FGTS. A responsabilidade é exclusiva da CEF, ainda que, para adquirir os extratos, seja necessário requisitá-los aos bancos depositários, inclusive com relação aos extratos anteriores à migração das contas que não tenham sido transferidas à CEF.

Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(RESP 1108034 - Primeira Seção - Rel. Ministro Humberto Martins - DJE DATA 25.11.2009)

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS - INCIDENTE DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS ANTERIORES A 1992 - RESPONSABILIDADE DA CEF.

1. *A recorrente, em nenhum momento, demonstrou a necessidade de intervenção judicial no caso dos autos, pois, mesmo que fosse essencial a requisição dos bancos depositários, a CEF poderia obtê-los administrativamente, do que se extrai não possuir interesse para a instauração de incidente exhibitório.*
2. *É incontroverso o entendimento de que a apresentação dos extratos anteriores a 1992 nas ações de execução das diferenças de correção monetária das contas do FGTS é responsabilidade da CEF, na condição de gestora do fundo, ainda que, para adquiri-los, a empresa pública os requirite aos bancos depositários.*
3. *Mais a mais, quando da centralização das contas vinculadas para a Caixa Econômica Federal, obrigatoriamente, ocorreu a escrituração contábil e a conseqüente transferência das informações à gestora do FGTS, do que se extrai ser improvável a ausência da documentação alegada.*

Agravo regimental improvido.

(AGRESP 580432 - Segunda Turma - Rel. Ministro Humberto Martins - DJE DATA 26.03.2008)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para que a CEF forneça ao agravante os extratos fundiários de sua conta vinculada.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00008 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030106-71.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.030106-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
AGRAVANTE : MUNICIPIO DE CAMPINAS
ADVOGADO : EDISON JOSE STAHL e outro
AGRAVANTE : Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuaria INFRAERO
ADVOGADO : TIAGO VEGETTI MATHIELO e outro
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
AGRAVADO : FRITS JAN OUDKERK POOL
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00059775420094036105 7 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Município de Campinas, Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária - INFRAERO e União Federal contra decisão proferida nos autos do processo da ação expropriatória c.c imissão provisória na posse, ajuizada em face de Frits Jan Dudkerk Pool, que excluiu a União Federal e a Infraero da lide, por ilegitimidade ativa, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, declinando da competência em favor do Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas.

Neste recurso, ao qual pretendem seja atribuído o efeito suspensivo, pedem a revisão do ato impugnado, sustentando a legitimidade da União Federal e da Infraero para figurarem no pólo passivo da ação, com o prosseguimento regular do feito, na Justiça Federal de Campinas.

Afirmam que o Município de Campinas firmou convênio com a segunda agravante INFRAERO, com o objetivo de realizar as desapropriações necessárias para a ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos, em Campinas - SP. Em decorrência desse acordo, foram publicados os Decretos Municipais nº 15.378, de 06 de fevereiro de 2006 e nº 15.503, de 08 de julho de 2006, os quais declararam de utilidade pública os imóveis necessários à efetivação dessa obra. Nesses termos, os agravantes propuseram a presente ação desapropriatória, na qual requereram a imissão provisória na posse, nos termos do art. 15, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, oferecendo como pagamento o valor apurado em laudo elaborado por contratada da INFRAERO.

Às fls. 71/75 vº, foi proferida decisão extinguindo o feito em relação aos ora agravantes, e determinando a sua remessa à Justiça Estadual.

Requerem, assim, que a decisão seja reformada imediatamente, a fim de evitar risco ao andamento do projeto de expansão do Aeroporto Internacional de Viracopos, obra de interesse nacional e subsidiada por recursos públicos federais, advindos do Plano de Aceleração do Crescimento - PAC.

Sustentam, em síntese, que:

- a) o procedimento expropriatório não é de exclusividade da União Federal, podendo ser realizado pelos três entes agravantes;
- b) o Código Brasileiro de Aeronáutica autoriza a delegação de prestação dos serviços de infraestrutura aeroportuária pela administração indireta federal a outros entes federativos, bem como faculta a construção de aeródromos mediante celebração de Convênio com Estados ou Municípios;

- c) o Município não está movendo as ações de desapropriações de maneira unilateral ou independente, mas, sim, agindo em cooperação com a União Federal, visando atender ao interesse público da população local;
- d) a exploração dos serviços de infraestrutura aeroportuária é de competência exclusiva da União, tendo sido delegada à Infraero, nos termos da Lei nº 5.862/72.
- e) os recursos que serão empregados no pagamento das indenizações devidas aos expropriados advêm do orçamento federal, tanto da União, como da própria Infraero, decorrendo, daí, a legitimidade ativa destes entes federais para figurarem no pólo ativo da ação de desapropriação, bem como a competência da Justiça federal para processar e julgar o feito, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.
- f) o convênio celebrado entre a Infraero e o Município de Campinas está em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico, nos termos dos artigos 3º e 6º, do Decreto-Lei nº 3.365/41 e a Lei 5.862/72.
- g) na ação de desapropriação, só se pode discutir o preço ofertado a título de indenização e eventual vício processual, não podendo ser objeto eventual nulidade ou vício do ato expropriatório, conforme dispõe o artigo 20, do Decreto-Lei 3.365/41.

É o breve relatório. Decido.

Deixo consignado, preliminarmente, que, extinto o processo, sem julgamento do mérito, apenas em relação a litisconsorte, como ocorreu no caso, admite-se o agravo como instrumento processual adequado para impugnar o ato judicial de tal natureza. Aliás, destaco que este é o entendimento desta Turma Julgadora, como se vê:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO CABÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DUPLICATA - ENDOSSO TRASLATIVO - LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- 1. Extinto o processo, sem julgamento do mérito, apenas em relação a uma das partes, como ocorreu no caso, admite-se o agravo como instrumento processual adequado para impugnar o ato judicial de tal natureza.*
- 2. O pedido de declaração de inexistência de relação jurídica c.c indenização por danos morais, decorre da emissão, por parte da empresa Interval Indústria e Comércio de Válvulas Ltda, de uma duplicata mercantil sem causa negocial subjacente, levada a protesto pela Caixa Econômica Federal.*
- 3. Embora a Caixa Econômica Federal não tenha participado de qualquer relação negocial, o fato é que ela é portadora do título de crédito, sendo certo que o aviso de protesto demonstra sua titularidade sobre o direito nele materializado, decorrente do endosso translativo em seu favor, conforme registra o documento de fl. 61.*
- 4. E, no caso, o protesto do título foi levado a efeito pela Caixa Econômica Federal, evidenciando-se, assim, que praticou o ato em nome próprio para defesa de interesse próprio.*
- 5. Não se pode afirmar, num exame sumário dos autos, que a CEF não poderá ser atingida pelos efeitos oriundos da sentença, mormente em face do pedido de indenização por danos morais, decorrente do protesto do título que a agravante afirma ter sido efetivado sem as cautelas necessárias.*
- 6. Justifica-se também a manutenção da CEF na lide, em razão do entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de justiça que, em casos análogos, tem decidido pela não exclusão da responsabilidade da instituição financeira que leva a efeito o protesto de duplicata recebida mediante endosso translativo, se verificado que a cártula não dispunha de causa à sua emissão.*
- 7. Agravo de instrumento provido para manter a Caixa Econômica Federal no pólo passivo da ação e impedir o deslocamento do feito, que deverá retomar seu normal prosseguimento perante Juízo Federal ao qual foi distribuído. (AG nº 2008.03.00.004292-1, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 10/11/2008, Diário Eletrônico 10/03/2009)*

Por esta razão, conheço deste agravo, e passo à análise do pedido de efeito suspensivo.

Concluo pela legitimidade da União Federal e da Infraero para figurarem no pólo ativo da ação de desapropriação e, conseqüentemente, pela competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação desapropriatória que deu origem a este recurso.

O artigo 109, inciso I, da Constituição Federal é expresso nesse sentido:

Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Como fazem prova os documentos juntados aos autos, trata-se de ação expropriatória ajuizada pelo Município de Campinas, e pela União Federal e Infraero, admitidas como litisconsortes ativas (fl.62), tendo como objeto o Lote 02, da Quadra E, denominado Jardim Califórnia, transcrição nº 48.475, do 3º Cartório de Registro de Imóveis, declarado de utilidade pública para o fim de ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos, de acordo com o Termo de Cooperação celebrado entre o Município de Campinas e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- Infraero. Conforme o Termo de Cooperação firmado entre o Município de Campinas e a Infraero, trasladado às fls. 50/53, o primeiro comprometeu-se a desapropriar as áreas necessárias à implantação da segunda pista e decolagem do Aeroporto Internacional de Viracopos, e a segunda, a fornecer os recursos necessários a tanto, adjudicando-se tais áreas diretamente à União Federal.

Como se vê, as despesas relativas à desapropriação correrão por conta da Infraero, e as áreas dela objeto serão adjudicadas diretamente à União Federal, havendo, portanto, nítido interesse econômico e jurídico dos entes federais, decorrendo, daí, a legitimidade para figurarem no pólo ativo da desapropriação, advindo desse fato a competência da Justiça Federal.

Por outro lado, o Código Brasileiro de Aeronáutica autoriza a delegação de prestação dos serviços de infraestrutura aeroportuária pela administração indireta federal a outros entes federativos, bem como faculta a construção de aeródromos mediante celebração de Convênio com Estados ou Municípios, evidenciando-se, assim, a legalidade do procedimento expropriatório instaurado pelo Município, até porque o ente municipal tem competência para realizar desapropriação para fins de interesse social.

Assim, o ente público pode desapropriar em benefício próprio ou em favor de terceiros, desde que expressamente autorizado por lei, como é o caso dos autos.

Vale ressaltar, por oportuno, que a exploração dos serviços de infraestrutura aeroportuária é de competência exclusiva da União Federal, nos termos da norma prevista no art. 21, XII, alínea c, da Constituição Federal, tendo sido outorgada à Infraero, nos termos da Lei nº 5.862/72.

Portanto, a execução do decreto expropriatório expedido pela Municipalidade de Campinas revela interesse tanto da Infraero (empreendedora do projeto de expansão do aeroporto de Viracopos), quanto da União Federal (receptora dos imóveis a serem desapropriados).

A propósito, revelam-se oportunos os comentários do Professor Leonardo José Carneiro Cunha a respeito da matéria:

"(...) Proposta a desapropriação na Justiça Estadual, a superveniente intervenção da União ou de outro ente federal deve deslocar a competência para a Justiça Federal, não prevalecendo, na espécie, a regra da perpetuatio jurisdictionis (CPC, art. 87).

(...)

18.7. Legitimidade Ativa e Passiva

Mediante declaração de utilidade pública, contida em decreto específico ou em lei de efeitos concretos, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal.

Declarada a utilidade pública de um bem, a legitimidade ativa para a demanda judicial de desapropriação é, em princípio, do próprio ente expropriante. Pode, então, a desapropriação ser proposta pela União, pelo Estado, pelo Município ou pelo Distrito Federal, se o respectivo Chefe do Poder Executivo tiver editado decreto declarando a utilidade pública do bem.

Em outras palavras, a competência para desapropriar (expedir decreto) coincide, geralmente, com a competência para promover a desapropriação (demanda judicial). Significa que a legitimidade ativa para a desapropriação é do ente expropriante.

E, possível, contudo, que não se atribua legitimidade ativa a outrem. Quer isto dizer que se admite que não coincida a figura do ente expropriante com a do autor da demanda judicial de desapropriação. Declarada a utilidade pública de um bem pela União, pelo Estado, pelo Município ou pelo Distrito Federal, é possível, desde que haja autorização expressa pela lei ou contrato, que uma concessionária de serviço público ou um estabelecimento que exerça funções delegadas do Poder Público promova a demanda judicial destinada a obter a desapropriação do bem (Decreto-lei nº 3.365/41, art. 3º)

("in" A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO, 8ª edição, ed. DIALÉTICA, São Paulo, p. 642,650/651).

Deste modo, se a Infraero e a União Federal manifestaram interesse na demanda, porquanto lhes cabe suportar, direta ou indiretamente, os ônus advindos da ação, como é o caso dos autos, competente é a Justiça Federal para julgar a demanda.

Assim, a relevância da fundamentação se evidencia, razão pela qual, presentes seus pressupostos, admito este recurso e defiro o efeito suspensivo para manter a União Federal e a Infraero no pólo ativo da ação de desapropriação, reconhecendo a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda.

Cumprido o disposto no art. 526 do Código de Processo Civil, voltem conclusos para julgamento, sendo desnecessária a intimação do agravado para resposta, vez que não está representado nos autos.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal e, após, conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 04 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00009 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034137-37.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034137-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
AGRAVANTE : MUNICIPIO DE CAMPINAS SP
ADVOGADO : GUILHERME FONSECA TADINI e outro
AGRAVADO : MARIA DE LOURDES DA SILVA ROCHA
ADVOGADO : CARLOS LOPES CARVALHO e outro
AGRAVADO : ANNA JOSEPHA DA SILVA ROCHA falecido e outros
: LEONTINA DO CARMO DA SILVA ROCHA

: MARIA JOSEPHA DA SILVA ROCHA

: JOSE OSCAR DA SILVA ROCHA

PARTE AUTORA : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

PARTE AUTORA : Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuaria INFRAERO

ADVOGADO : TIAGO VEGETTI MATHIELO e outro

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP

No. ORIG. : 00055271420094036105 3 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO contra a decisão de fls. 176/176v., proferida em ação de desapropriação, que condenou as expropriantes ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), em favor de Maria de Lourdes da Silva, que foi excluída do polo passivo do feito.

Alega-se, em síntese, que a inclusão de Maria de Lourdes da Silva no polo passivo do feito decorreu de erro escusável e baseou-se em certidão expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis. Acrescenta-se que se trataria de caso de homonímia, não sendo cabível a condenação em honorários advocatícios (fls. 2/6).

Decido.

Honorários advocatícios. Condenação. Princípio da causalidade. Em face do princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as custas e os honorários advocatícios, na medida em que a parte contrária tenha sido citada, constituído advogado e participado do processo para defender-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (...) SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CAUSA SUPERVENIENTE.

(...)

6. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; AgRg no REsp 379.894/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1019316/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490605/SC, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557045 / SC, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 13.10.2003)

7. Em razão do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou pela parte que viesse a ser a perdedora caso o magistrado julgasse o mérito da causa. (AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 03/11/2009)

(...)

10. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STJ, AGREsp n. 1116836, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.10.10)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO SUPRIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM FUNDAMENTO NO ART. 267, VI, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. Cabe suprir a omissão no julgado para esclarecer: a) a condenação do vencido ao pagamento das custas e honorários advocatícios ao vitorioso na demanda deve ser observada também nos feitos extintos na forma do art. 267, VI, do CPC, como no caso, tendo em vista o princípio da causalidade e; b) fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa em favor da embargante, nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC, exceção ao parágrafo 4º.

2. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDREsp n. 1152707, Rel. Min. Castro Meira, j. 15.04.10)

PROCESSUAL CIVIL (...) DESISTÊNCIA DA AÇÃO - CITAÇÃO EFETIVADA - CONTESTAÇÃO APRESENTADA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - DEVER DE PAGAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido que, em função do princípio da causalidade, é cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de o pedido de desistência da ação ter sido protocolado após a ocorrência da citação da ré, ainda que em data anterior à apresentação da contestação. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

(STJ, EAREsp n. 1140162, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.08.10)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO BANCÁRIO - QUITAÇÃO DA DÍVIDA POR TERCEIRA PESSOA (AVALISTA) APÓS A APRESENTAÇÃO DA RÉPLICA À CONTESTAÇÃO - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - FATO SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE CULPA DOS LITIGANTES - PRINCÍPIO

DA CAUSALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO EM PARTE - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da causalidade, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e honorários advocatícios. Esta é a norma que irradia do artigo 20 do Código de Processo Civil.
2. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo deve responder pelas despesas dele decorrentes, mesmo que não vencido, uma vez que poderia ter evitado a movimentação da máquina judiciária.
3. O cerne da questão colocada nos presentes autos é verificar se é devida a condenação da parte autora, ora apelante, ao pagamento da verba honorária ao patrono da parte ré, em vista da ocorrência de fato superveniente em data posterior à propositura da demanda e à citação, a acarretar a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.
4. Em se tratando de ocorrência de fato superveniente, a orientação jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se adotar o princípio da causalidade, porquanto descabe impor o pagamento da verba honorária a quem tem razão ou a quem não deu causa ao fato superveniente que ensejou a extinção do feito.

(...)

9. Recurso de apelação provido em parte. Sentença reformada em parte.

(TRF da 3ª Região, AC n. 20036104008070-7, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 20.07.09)

A condenação ao pagamento de honorários advocatícios independente da má-fé do litigante:

Art. 20: 2g. *Independente de má-fé a condenação do vencido nas despesas e honorários, de acordo com o art. 20 do CPC (STJ, 3ª T., REsp 6.271-CE, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 10.12.90, deram provimento, v.u., DJU 18.2.91, p. 1038).*

"Ônus da sucumbência. Aplicação independente da boa-fé que tenha agido o vencido. Os encargos da sucumbência decorrem exclusivamente da derrota experimentada pela parte" (STJ, JTAERGs 77/332, maioria).

"Os honorários de advogado são devidos quando a atuação do litigante exigir, para a parte adversa, providência em defesa de seus interesses. A ausência de culpa do sucumbente causador do processo não interfere na sua responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios" (RSTJ, 109/223). No mesmo sentido, Bol. AASP 2.592 (TJSP, AI 657.585-5/5-01-EDcl).

(NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 153, nota 6b ao art. 20)

Do caso dos autos. O Município da Campinas, a União e a INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária ajuizaram ação de reintegração de posse em face de Maria de Lourdes da Silva Rocha e outros. Citada, a corre constituíu advogado e apresentou contestação, na qual afirmou não ser parte legítima para figurar no polo passivo do feito (fls. 140/144).

O MM. Juiz *a quo* acolheu a preliminar arguida por Maria de Lourdes da Silva Rocha e a excluiu da lide, condenando os autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil (fls. 176/176v.).

Não merece reparo a decisão agravada. Independentemente de má-fé ou erro escusável, a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com as custas e os honorários advocatícios, na medida em que o réu tenha sido citada, constituído advogado e participado do processo para defender-se.

Ante o exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 527, I, c. c. o art. 557, ambos do Código de Processo Civil.

Comunique-se a decisão ao MM. Juízo *a quo*.

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

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00010 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034330-52.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034330-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : GISELLA LINA ANNA PENCO
ADVOGADO : SUELY APARECIDA ANDOLFO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
AGRAVADO : GISELE PALMA BUENO
ADVOGADO : JOSE MANOEL DE MACEDO JUNIOR e outro

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00029703520104036100 6 Vr SAO PAULO/SP
DESPACHO

Intime-se a agravante para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, regularize o recolhimento do valor destinado ao preparo - custas e porte de remessa e retorno, nos termos da Resolução nº 278 de 16.05.2007, artigo 3º, cuja disposição estabelece que o recolhimento das custas, preços e despesas seja feito mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, **em qualquer agência da CEF - Caixa Econômica Federal**, na sede do juízo competente para o ato, **sob pena de negativa de seguimento**.
Após, voltem os autos conclusos.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00011 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033374-36.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033374-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : MIRIAM APARECIDA NALLIS e outros
: IVELIZE NALLIS VANALLI
: ROZIMARY ORREGO NALLIS NOGUEIRA
ADVOGADO : DIVAR NOGUEIRA JUNIOR
AGRAVADO : RAQUEL FRUTUOSO
ADVOGADO : MARCOS PAULO DA SILVA CAVALCANTI e outro
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
PARTE RE' : AIGLETE ORREGO NALLIS falecido
ADVOGADO : DIVAR NOGUEIRA JUNIOR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
No. ORIG. : 00159448520024036100 3 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto Miriam Aparecida Nallis e outros, em face da decisão que, em sede de ação de rito ordinário, concedeu a tutela específica na sentença, a fim de ser implantado o benefício de pensão por morte em favor da autora.

Em breve síntese, sustentam o cabimento do agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela antecipada no bojo da sentença de mérito, salientando que o princípio da unirrecorribilidade deve ser mitigado quando houver prejuízos incalculáveis e de difícil reparação, como no caso dos autos, não sendo justo que as filhas do falecido, ora agravantes, fiquem totalmente desamparadas e que a pensão seja deferida unicamente para a concubina.

Requerem a concessão de efeito suspensivo, a fim de que seja mantida a pensão aos ora agravantes.

Decido.

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

A sentença é o ato judicial que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil. Seu conteúdo comporta apreciação não apenas sobre o mérito, afigurando-se perfeitamente possível a apreciação de questões incidentais, cada uma delas passível de impugnação pela via recursal.

Não significa dizer, contudo, que os capítulos da decisão possam ser atacados, concomitantemente, por meio de recursos distintos, vale dizer, a sentença que concede a antecipação da tutela não comporta o cabimento simultâneo do recurso de apelação, na parte que aprecia o mérito, e agravo de instrumento no capítulo que antecipa a tutela, tudo isso em homenagem ao princípio da sigularidade ou unirrecorribilidade recursal, preceito aplicável aos recursos em geral.

Na mesma esteira de entendimento, precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM SENTENÇA. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A interposição simultânea de agravo de instrumento e recurso de apelação

contra sentença em que foi concedida tutela antecipada, caracteriza inobservância do princípio da singularidade ou unirrecorribilidade recursal. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não cabe recurso de agravo de instrumento contra decisão em que o pedido de tutela antecipada é concedido no bojo da sentença. 3. Agravo regimental improvido."

(AGRESP 200301877134, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - SEXTA TURMA, 05/09/2005)

"AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA POR OCASIÃO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO CABÍVEL - APELAÇÃO - PRECEDENTES - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."

(AGA 200900106934, MASSAMI UYEDA, STJ - TERCEIRA TURMA, 23/09/2009)

Pelo exposto, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso, com supedâneo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. Intimem-se. Às providências.

Após, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00012 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034721-07.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034721-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE : CLAUDIO LINO DOS SANTOS SILVA
ADVOGADO : JOÃO MARCUS BAPTISTA CAMARA SIMÕES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00138671020104036105 2 Vr CAMPINAS/SP
DESPACHO

Intime-se a agravante para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, regularize o recolhimento do valor destinado ao preparo - custas e porte de remessa e retorno, nos termos da Resolução nº 278 de 16.05.2007, artigo 3º, cuja disposição estabelece que o recolhimento das custas, preços e despesas seja feito mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, **em qualquer agência da CEF - Caixa Econômica Federal**, na sede do juízo competente para o ato, **sob pena de negativa de seguimento.**

Após, voltem os autos conclusos.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00013 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0118199-49.2006.4.03.0000/SP

2006.03.00.118199-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
AGRAVANTE : SERGIO MAGALHAES GOMES e outros
: DIONETE FERREIRA PERACIN MAGALHAES
: SERGIO MAGALHAES GOMES FILHO
ADVOGADO : PERICLES ARAUJO GRACINDO DE OLIVEIRA
AGRAVADO : Banco do Brasil S/A
ADVOGADO : MARINA EMILIA BARUFFI VALENTE BAGGIO
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 2003.61.02.014614-2 4 Vr RIBEIRAO PRETO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Sérgio Magalhães Gomes e outros contra a decisão de fl. 38, que indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova, para que os réus arquem com os honorários periciais.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) os agravantes ajuizaram ação de rito ordinário contra a União e o Banco do Brasil, para a declaração de nulidade de cláusulas, valores e termos da securitização em cédulas de crédito rural, bem como para a revisão dos contratos originários e dos posteriores;
- b) os contratos são de adesão e os valores cobrados são exorbitantes;
- c) aplicação do Código de Defesa do Consumidor (STJ, Súmula n. 297), considerando-se que os agravantes não têm condição financeiras para arcar com os honorários periciais;
- d) o MM. Juiz *a quo* que apreciou a exceção de incompetência oposta pela União, reconheceu a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e a hipossuficiência dos agravantes;
- e) ao recusar o depósito dos honorários, os agravados admitiram a ocorrência de anatocismo (fls. 356/372)

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido pelo Desembargador Federal Mairan Maia (fls. 611/612).

A União e o Banco do Brasil apresentaram resposta (fls. 623/629 e 632/637).

Os autos foram redistribuídos a este Relator, por tratar de matéria objeto de competência da 1ª Seção do Tribunal (fls. 639/639v. e 640).

Decido.

Recurso manifestamente improcedente. Decisão do relator. Admissibilidade. O art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil permite que o relator exerça singularmente o juízo de mérito do recurso, quando a pretensão por seu intermédio veiculada revelar-se manifestamente improcedente:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A inovação contida no art. 557 do Código de Processo Civil confere maiores poderes ao relator para o julgamento do recurso, posto que é sempre facultado à parte interessada, caso não se conforme com o decidido, interpor recurso ao órgão colegiado:

PROCESSUAL CIVIL - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC (...)

1. A inovação trazida ao artigo 557 do Código de Processo Civil instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir recurso, dentre outras hipóteses quando manifestamente improcedente ou contrário à Súmula ou entendimento já pacificados pela jurisprudência daquele Tribunal, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais. Questão decidida monocraticamente pelo relator do processo, se reapreciada em sede de agravo regimental pelo órgão colegiado do Tribunal de origem, afasta suposta ofensa à regra do artigo 557 do CPC. 2. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

(...). Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp n. 953.864, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.09.07)

Do caso dos autos. Os agravantes ajuizaram ação de rito ordinário em face da União e do Banco do Brasil S/A, para a "declaração de nulidade de cláusulas em cédulas de crédito rural que originaram alongamento por securitização, dos valores enquadrados neste plano e dos próprios termos da securitização" (fl. 390). Requereram a produção de prova pericial e, após o deferimento em despacho saneador, postularam a inversão do ônus da prova, a fim de que os réus arcassem com os honorários periciais (fls. 600/605).

O MM. Juiz *a quo* indeferiu a inversão do ônus da prova, nos seguintes termos:

Requer o autor, às fls. 943/949, a inversão do ônus da prova, para que os honorários periciais sejam pagos pelos réus. Alega, para tanto, sua hipossuficiência na relação de consumo com os réus, com base no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Indefiro o pedido da parte autora de inversão do ônus da prova. A matéria é de natureza complexa, não havendo que se falar em verossimilhança do alegado.

Também não verifico neste momento o estado de hipossuficiência do autor, visto que agricultor, conforme declarado no seu pedido inicial, além do mais, para obter um financiamento se exige que a pessoa seja economicamente ativa e possua uma renda adequada para tanto.

Verifico também que o autor não requereu a Assistência Judiciária Gratuita e recolheu as custas judiciais em seu valor máximo (...). (fl. 38)

Não merece reparo a decisão agravada.

A circunstância de se considerar aplicável o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras não permite afirmar que os agravantes teriam direito à inversão do ônus da prova. Nesse sentido, o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 dispõe que é admissível a inversão do ônus da prova quando, "a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência".

No caso dos autos, a prova pericial foi requerida pelos agravantes, não havendo elementos que comprovem a afirmação de que seriam hipossuficientes, considerando-se os altos valores dos contratos por eles celebrados com a União e o Banco do Brasil S/A (fls. 501/593). Ademais, não se verifica a verossimilhança das alegações deduzidas pelos agravantes na petição inicial dos autos originários, por se tratar de matéria complexa que exige dilação probatória.

Assim, deve ser aplicado o art. 333, I, do Código de Processo Civil, que dispõe ser ônus do autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito.

A recusa dos agravados em depositar os honorários periciais não é indevida nem importa em admissão de ocorrência de anatocismo. A decisão proferida na exceção de incompetência (fls. 595/595), ao afirmar ser necessária a proteção da parte hipossuficiente, não vincula o magistrado e não é suficiente para a comprovação de que os agravantes não teriam condições de arcar com os honorários periciais.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Comunique-se a decisão ao MM. Juízo *a quo*.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

Expediente Nro 7306/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031812-69.2003.4.03.6100/SP

2003.61.00.031812-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : VANIA MARIA NUNES MOREIRA
ADVOGADO : ELIANA RENNO VILLELA e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
DESPACHO
Fls. 306/322. Aguarde-se o julgamento.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1100894-27.1995.4.03.6109/SP

1999.03.99.009650-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARISA SACILOTTO NERY
APELADO : PAULO VIZIOLI
ADVOGADO : JOAO ADAUTO FRANCETTO
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
No. ORIG. : 95.11.00894-3 2 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal objetivando a aplicação de índices de correção monetária relativos aos meses de junho de 1987, dezembro de 1988, janeiro e fevereiro de 1989, abril, maio, julho, agosto e outubro de 1990 e de fevereiro a setembro de 1991 sobre os depósitos das contas vinculadas do FGTS.

Através da r. sentença de fls. 68/87 o MM. Juízo "a quo" extinguiu o processo sem exame do mérito no tocante à União Federal, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil e, quanto à Caixa Econômica Federal, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida, determinando a aplicação do IPC dos meses de junho de 1987, janeiro de 1989, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991.

Interpôs recurso de apelação a Caixa Econômica Federal, sustentando a inexistência do direito reconhecido e requerendo a reforma do julgado, recorrendo adesivamente a parte autora pugnando pela reinclusão da União Federal no pólo passivo da demanda, bem como pela condenação da CEF ao pagamento de honorários advocatícios. Com as contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte. É o breve relatório. Decido.

Anoto, ao início, que o feito comporta julgamento monocrático nos termos do disposto no art. 557, "caput", do CPC, uma vez que a matéria é objeto de jurisprudência dominante nesta Corte e nos E. STF e STJ.

A matéria de legitimidade passiva nas ações de cobrança de FGTS versa questão já pacificada pelo E. STJ através de incidente de uniformização de jurisprudência, no REsp. 77.791, assim ementado:

"Nas causas em que se discute correção monetária dos depósitos relativos a contas vinculadas ao FGTS, a legitimidade passiva "ad causam" é apenas da Caixa Econômica Federal."

No tocante à questão em matéria de prescrição, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento reconhecendo a prescrição trintenária das ações concernentes à correção de saldo na conta vinculada ao FGTS, conforme aresto transcrito:

"PROCESSUAL-ADMINISTRATIVO- FGTS -LEGITIMIDADE DA CEF-CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DAS CONTAS VINCULADAS-IPC-NATUREZA JURÍDICA-PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA-MATÉRIAS SUPERADAS NO STJ-JUROS (LEI 8.036)-AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

.....
II- É trintenário o prazo prescricional para a cobrança das correções dos saldos das contas vinculadas ao FGTS.

.....
(REsp n.º 0125541/AL - 1ª turma - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - v.u., DJ 17.11.97).

Examinado a seguir a matéria dos índices de atualização monetária aplicáveis.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sob o ponto de vista do empregador, tem a natureza jurídica de contribuição social, cujo fim primordial é financiar programas habitacionais, saneamento básico e a infra-estrutura urbana, conforme determina o art. 9º, § 2º, da Lei n. 8.036/90.

Comporta ele, no entanto, uma diversa classificação jurídica, se analisado sob o prisma do trabalhador.

Erigido pela Constituição Federal de 1988 em garantia social dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, III), aos depósitos fundiários pode-se atribuir a natureza de salário social, com a finalidade de constituir um pecúlio de garantia de sobrevivência nos casos especificados na lei ou de utilização em financiamento de casa própria.

À vista da natureza do FGTS como direito social assegurado aos trabalhadores, os Tribunais pátrios têm reconhecido a aplicabilidade do IPC na atualização dos saldos como índice que melhor reflete a realidade inflacionária (REsp 142871/SC, Relator Exmo. Sr. Min. José Delgado, STJ, Primeira Turma, DJ de 23.03.1998, p. 032; AC 1999.03.99.045112-9, Rel. Exmo. Sr. Des. Fed. Aricê Amaral, TRF - 3ª R, Segunda Turma, DJ de 09.02.2000), orientação que é de ser mantida, porém nos limites do campo subconstitucional da controvérsia.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.855-7/RS (Rel. Exmo. Sr. Min. Moreira Alves, julgado em 31.08.2000, Pleno, DJ de 13.10.2000), sancionou o entendimento da natureza estatutária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, com a consequência da aplicação da orientação da Corte Superior contrária ao reconhecimento de direito adquirido a regime jurídico, vindo o Pretório Excelso a afirmar, sob essa fundamentação, posicionamento contrário à aplicação do IPC dos meses de junho de 1987, maio de 1990 e fevereiro de 1991, na mesma decisão também reconhecendo o caráter infraconstitucional da controvérsia alusiva aos índices do IPC dos meses de janeiro de 1989 e de abril de 1990.

São, destarte, observadas as diretrizes fixadas pela Suprema Corte e consoante pacífica jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Eg. Tribunal, devidos os pleiteados índices do IPC de janeiro de 1989 no percentual de 42,72% e de abril de 1990 no percentual de 44,80%, descontados os índices aplicados espontaneamente.

A situação que se configura no feito é de sucumbência recíproca, pois o pleito inicial restou indeferido quanto à aplicação dos indexadores dos meses de junho de 1987, dezembro de 1988, fevereiro de 1989, maio, julho, agosto e outubro de 1990 e de fevereiro a setembro de 1991, não decaindo a parte autora de parcela mínima do pedido, cada parte devendo arcar com os honorários advocatícios de seu respectivo patrono e custas processuais.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A do CPC, dou parcial provimento à apelação da Caixa Econômica Federal para afastar a aplicação do IPC dos meses de junho de 1987, maio de 1990 e fevereiro de 1991, e nego seguimento ao recurso adesivo da parte autora, nos termos acima expostos. Publique-se. Intime-se.

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

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014270-72.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.014270-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : WALDEMAR BASILIO
ADVOGADO : FABIANA MUSSATO DE OLIVEIRA
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
DESPACHO
Fls. 539/540 e 542/574. Aguarde-se o julgamento.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE
Desembargadora Federal

00004 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0050384-83.1997.4.03.6100/SP
2002.03.99.023036-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
APELADO : CELINA BASTOS GUEDES
ADVOGADO : DENISE BASTOS GUEDES e outro
APELADO : LINDALVA PORTO
ADVOGADO : GUILHERME CHAVES SANT ANNA e outro
: LINDALVA MARIA PORTO DE ALMEIDA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 97.00.50384-4 9 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 335/336: Tendo em vista a informação de que a impetrante está sendo a única beneficiária da pensão vitalícia do servidor João Batista Porto Tarsitano, intime-a a fim de que manifeste acerca da persistência do seu interesse no julgamento do presente mandado de segurança, no prazo legal.

Intime-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0403726-29.1994.4.03.6103/SP
96.03.025538-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : JOSE ALFREDO DO PRADO e outros
: JOSE RUFINO DE SOUZA
: CIRILO AGUIAR

: SEBASTIAO ALVES RIBEIRO
ADVOGADO : MARTINHO ALVES DOS SANTOS
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
No. ORIG. : 94.04.03726-5 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP
DECISÃO

Homologo a DESISTÊNCIA DO RECURSO formulada pelo apelante JOSÉ ALFREDO DO PRADO, nos termos do artigo 501 do CPC c.c o artigo 33, VI do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
Numerem-se as fls. 116 e seguintes.
Certifique-se a providência acima determinada.
Dê-se ciência.
Após as formalidades legais, baixem os autos ao juízo de origem.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016361-77.1998.4.03.6100/SP
1998.61.00.016361-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ZORA YONARA M DOS SANTOS CARVALHO PALAZZIN e outro
APELADO : ILDA SILVA DE OLIVEIRA e outros
ADVOGADO : PAULO CESAR ALFERES ROMERO e outro
CODINOME : HILDA SILVA DE OLIVEIRA
APELADO : JACIO ADELINO DANTAS
: LEILA ISABEL LEME
: MARCIA PEREIRA BATISTA
: MARINALVA RITA DO NASCIMENTO
: WALDAIR BRUNO DA GAMA
ADVOGADO : PAULO CESAR ALFERES ROMERO e outro
PARTE AUTORA : ALZAMIR BARROS FERNANDES
: EDUARDO NOGUEIRA ALVES
: EVA MARIA DE SOUZA
: GESSI NOGUEIRA ALVES
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
No. ORIG. : 00163617719984036100 15 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal e da União Federal objetivando a aplicação da taxa progressiva de juros, bem como da taxa de variação do IPC dos meses de junho de 1987, janeiro de 1989 (70,28%) e abril de 1990 sobre os depósitos das contas vinculadas do FGTS.

Às fls. 103 foi determinada a exclusão da União Federal do pólo passivo da demanda.

Às fls. 114/115 foram homologadas transações celebradas entre a Caixa Econômica Federal e os coautores Alzamir Barros Fernandes, Eduardo Nogueira Alves e Gessi Nogueira Alves, nos termos da L.C. 110/2.001, extinguindo-se o processo com exame do mérito, a teor do art. 269, III do Código de Processo Civil, no tocante a referidos autores litisconsortes.

Às fls. 135 foi excluída da demanda a coautora Eva Maria de Souza, tendo em vista o descumprimento do despacho que determinou prestação de esclarecimentos acerca de divergência entre os nomes constantes na petição inicial e no instrumento de procuração (fls. 104 e 133).

Através da r. sentença de fls. 154/166 o MM. Juízo "a quo" julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida determinando a aplicação do IPC dos meses de janeiro de 1989 (42,72%) e de abril de 1990 sobre os depósitos em conta do FGTS.

Interpôs recurso de apelação a Caixa Econômica Federal, sustentando a inexistência do direito reconhecido, requerendo a reforma do julgado.

Sem as contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório . Decido.

Anoto, ao início, que o feito comporta julgamento monocrático nos termos do disposto no art. 557, "caput", do CPC, uma vez que a matéria é objeto de jurisprudência dominante nesta Corte e nos E. STF e STJ.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sob o ponto de vista do empregador, tem a natureza jurídica de contribuição social, cujo fim primordial é financiar programas habitacionais, saneamento básico e a infra-estrutura urbana, conforme determina o art. 9º, § 2º, da Lei n. 8.036/90.

Comporta ele, no entanto, uma diversa classificação jurídica, se analisado sob o prisma do trabalhador.

Erigido pela Constituição Federal de 1988 em garantia social dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, III), aos depósitos fundiários pode-se atribuir a natureza de salário social, com a finalidade de constituir um pecúlio de garantia de sobrevivência nos casos especificados na lei ou de utilização em financiamento de casa própria.

À vista da natureza do FGTS como direito social assegurado aos trabalhadores, os Tribunais pátrios têm reconhecido a aplicabilidade do IPC na atualização dos saldos como índice que melhor reflete a realidade inflacionária (REsp 142871/SC, Relator Exmo. Sr. Min. José Delgado, STJ, Primeira Turma, DJ de 23.03.1998, p. 032; AC 1999.03.99.045112-9, Rel. Exmo. Sr. Des. Fed. Aricê Amaral, TRF - 3ª R, Segunda Turma, DJ de 09.02.2000), orientação que é de ser mantida, porém nos limites do campo subconstitucional da controvérsia.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.855-7/RS (Rel. Exmo. Sr. Min. Moreira Alves, julgado em 31.08.2000, Pleno, DJ de 13.10.2000), sancionou o entendimento da natureza estatutária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, com a conseqüência da aplicação da orientação da Corte Superior contrária ao reconhecimento de direito adquirido a regime jurídico, vindo o Pretório Excelso a reconhecer o caráter infraconstitucional da controvérsia alusiva aos índices do IPC dos meses de janeiro de 1989 e de abril de 1990.

São, destarte, observadas as diretrizes fixadas pela Suprema Corte e consoante pacífica jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Eg. Tribunal, devidos os pleiteados índices do IPC de janeiro de 1989, no percentual de 42,72%, e de abril de 1990, no percentual de 44,80%, descontados os índices aplicados espontaneamente.

A correção monetária, como é cediço, não traduz acréscimo que se agrega ao principal, constituindo mera recomposição do poder aquisitivo e incidindo desde o momento em que se torna exigível a dívida.

Anoto a impertinência das alegações expendidas pela Caixa Econômica Federal relativamente ao termo "a quo" do cômputo dos juros de mora, tendo o Juiz decidido conforme a pretensão da ré.

No tocante ao cabimento, firmou o E. Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido da desinflüência do levantamento ou não de cotas para incidência dos juros de mora, conforme julgados a seguir colacionados:

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 29-C DA LEI 8.036/90 (MP 2.164-40/2001) - QUESTÃO PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO, NO JULGAMENTO DO RESP 1.111.157/PB, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Pacificou-se nesta Corte jurisprudência no sentido de que os juros de mora a serem aplicados sobre as diferenças de correção monetária das contas vinculadas do FGTS são devidos desde a citação, independentemente do levantamento ou da disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão.

(...)

3. Recurso especial parcialmente provido." (STJ, RESP 1184837, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE DATA:03/05/2010)
"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - FGTS - APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS PELA CEF - OBRIGATORIEDADE - JUROS DE MORA - INDEPENDENTE DA MOVIMENTAÇÃO. Cabe à CEF, na condição de agente operadora do FGTS, a emissão regular dos extratos individuais correspondentes às contas vinculadas, consoante determina o art. 7º da Lei n. 8.036/90. Nesse sentido, a recente jurisprudência deste Superior Tribunal Justiça: REsp 670.352/PR e AgRg no REsp 661.452/CE, ambos de relatoria do Ministro Castro Meira, julgados em 19.10.2004; REsp 421.234/CE, Rel. Min. José Delgado, DJ 19.8.2004. Os juros de mora são devidos independentemente de levantamento ou disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão, à ordem de 6%

ao ano, a partir da citação, a salvo de qualquer condição. Agravo a que se nega provimento." (STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 637359, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ DATA:05/12/2005 PG:00289)

Anoto, ainda, a impertinência das alegações expendidas pela Caixa Econômica Federal quanto à pretensa aplicação da taxa Selic, inexistindo na sentença pronunciamento quanto à taxa de juros moratórios aplicável à espécie, ficando a discussão da questão, portanto, relegada para a fase de execução do julgado.

No tocante à questão relativa à verba honorária, não vislumbro, in casu, gravame para a CEF, tendo em vista o reconhecimento da sucumbência recíproca pelo MM. Juiz "a quo", anotando, ainda, quanto às alegações da Caixa Econômica Federal acerca da declaração de isenção de honorários advocatícios, nos termos do disposto no artigo 29-C da Lei 8.036/90, o recente pronunciamento do C. Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2736 em 08/09/2010, julgada procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da previsão contida no art. 9º da Medida Provisória 2164-41 que, introduzindo o art. 29-C na Lei 8.036/90, excluiu a condenação em honorários advocatícios nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, "caput" do CPC, nego seguimento à apelação da Caixa Econômica Federal.

Publique-se. Intime-se.

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

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1008685-62.1997.4.03.6111/SP
98.03.040253-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE MARILIA
ADVOGADO : LAZARO FRANCO DE FREITAS
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
ENTIDADE : Delegado Regional do Trabalho
No. ORIG. : 97.10.08685-5 2 Vr MARILIA/SP

DESPACHO

1. Tendo em vista que o débito foi inscrito em 29.09.97 (fls. 49), esclareça a apelante se subsiste interesse no julgamento do seu recurso.
2. Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1200368-25.1996.4.03.6112/SP
97.03.061439-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : ANGELO CALABRETTA NETO e outros
: DACIO ALVES DO NASCIMENTO
: DORIVAL MIGUEL DE OLIVEIRA
: JOAO BATISTA HERNANDES TEIXEIRA
: JOAO CARLOS ZENGO
: JOSE APARECIDO DA SILVA
: MARIO NOBUITI HASAI
: MITUO SAITO
: VALTER SOARES LEMOS
ADVOGADO : ADNAN EL KADRI e outro

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ROBERTO SANTANNA LIMA
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 96.12.00368-8 1 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

Decisão

Trata-se de recurso de agravo (fls. 289 ss.) fundamentado no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela Caixa Econômica Federal em face da decisão (fls. 282/284) que deu parcial provimento ao recurso de apelação. Inconformada, a agravante sustenta que os juros moratórios não podem ser calculados pela taxa SELIC ou aplicando a taxa SELIC não podem ser cumulados com quaisquer outros índices de correção monetária. Pede a reconsideração da decisão.

Consta às folhas 296 e ss. termo de adesão na forma da Lei 110/01 firmado entre o co-autor José Aparecido da Silva e a CEF.

É a síntese do necessário.

Decido.

Por tempestiva e regularmente interposto acolho o recurso como pedido de reconsideração.

É de ser atendido o pedido de reconsideração como fundamentarei a seguir.

Nas ações em que se discutem os expurgos inflacionários nos saldos das contas vinculadas do FGTS, como no presente caso, entendo que os juros de mora devem incidir, a partir da citação, de forma simples na proporção de 6% (seis) por cento ao ano até o advento do novo Código Civil, Lei 10.406/02 e, após sua vigência, nos termos do seu artigo 406.

A taxa Selic tem fundamento na Lei n. 9.065/95, o que exclui a taxa de 1% (um por cento) prevista no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, satisfazendo o princípio da legalidade tributária, o qual não exige que a própria metodologia do cálculo dos juros moratórios encontrem-se no texto legal, bastando a eleição da taxa. A incidência da taxa SELIC, porém, exclui a atualização monetária, dado ter sido concebida para desindexar a economia mediante a incorporação da depreciação da moeda no cálculo dos juros.

A taxa a ser aplicada é a prevista na legislação civil: 0,5% a.m. (meio por cento ao mês) até 10.01.03, enquanto esteve em vigor o art. 1.062 do Código Civil de 1916 e, a partir de 11.01.03, nos termos do art. 406 do atual Código Civil, que determina a aplicação da taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos da Fazenda Pública, atualmente a taxa SELIC, conforme prevê o artigo 84, I, da Lei n. 8.981/95, analisado conjuntamente com o artigo 13 da Lei n. 9.065/95, *verbis*:

Lei n. 8.981/95: "Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de (Vide Decreto nº 7.212, de 2010):

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (Vide Lei nº 9.065, de 1995)

Lei n. 9.065/95 - Art. 13. "A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)"

É neste sentido a jurisprudência majoritária no E. Superior Tribunal de Justiça:

"atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)" (EREsp 727842, DJ de 20/11/08). 4. A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem (REsp - EDcl 853.915, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 24.09.08; REsp 926.140, Min. Luiz Fux, DJ de 15.05.08; REsp 1008203, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ 12.08.08; REsp 875.093, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 08.08.08). 5. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1102552/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 25/03/2009, DJ de 06/04/2009)

E, ainda:

RESP 201000841331, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 01/07/2010; **AGRESP 200901140193**, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 29/04/2010).

Quanto ao pedido de homologação do acordo extrajudicial regularmente firmado entre o co-autor JOSÉ APARECIDO DA SILVA e a CEF nos termos da LC 110/01, tendo sido intimado o autor, transcorrendo o prazo (fls. 302/304) sem manifestação e à vista do contido na Súmula Vinculante nº 1 do Supremo Tribunal Federal, **HOMOLOGO** o acordo e julgo extinto o processo nos termos do artigo 269, III, do Código de Processo Civil em relação ao signatário, aplicando-se quanto aos honorários advocatícios a sucumbência recíproca nos termos do § 2º do artigo 26 do Código de Processo Civil.

Prosseguindo, reporto-me ao que prevê o artigo 557, do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998 que "o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."

E, ainda, no seu § 1º-A, que "se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso". A reconsideração vem prevista no § 1º do mesmo artigo, segundo o qual "... se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa".

Por todo o exposto entendo adequada a reconsideração parcial da decisão atacada para excluir, a partir da aplicação da taxa SELIC, a aplicação de qualquer outro índice de correção monetária.

Assim, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **RECONSIDERO** parcialmente a decisão de folhas 282/284, para afastar a incidência de qualquer outro índice de correção monetária a partir de 11/01/2003, quando os juros de mora passam a ser calculados pela taxa SELIC, mantendo, no mais, a decisão prolatada.

Intime-se. Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à vara de origem.

São Paulo, 05 de novembro de 2010.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00009 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001036-42.2010.4.03.6100/SP
2010.61.00.001036-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal - MEX
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : DANIEL ROCCO KIRCHNER
ADVOGADO : JULIO CESAR TEIXEIRA DE CARVALHO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00010364220104036100 6 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação em mandado de segurança interposta pela União contra a sentença de fls. 92/96, que concedeu a segurança para garantir ao impetrante a suspensão do ato de convocação para o serviço militar.

Foi interposto o Agravo de Instrumento n. 2010.03.00.003228-4 contra a decisão que deferiu a liminar (fls. 70/86).

Apela a União com os seguintes argumentos:

- a) a exigência da prestação de serviço militar encontra-se respaldada pela Lei n. 4.375/64, Lei do Serviço Militar, e respectivo regulamento Decreto n. 57.654/66, e pela Lei n. 5.292/67, que dispõe sobre o serviço militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária e pelos profissionais MFDV, e seu regulamento Decreto n. 63.704/68;
- b) a Lei n. 5.292/67 autoriza a convocação, como oficiais, dos MFDV concluintes dos seus cursos, ainda que inicialmente dispensados da incorporação como recrutas;
- c) o médico convocado tem o direito de retornar ao emprego que exercia e trancar matrícula da residência médica, nos termos do art. 45 da Lei n. 5.292/97;
- d) presente a supremacia do interesse público na forma da defesa da pátria e da garantia dos poderes constitucionais da lei e da ordem (fls. 109/117).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 119/127).

Manifestou-se a Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Denise Neves Abade, pelo não conhecimento do recurso e pelo desprovimento do reexame necessário (fls. 132/135).

Decido.

Militar. Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários. MFDV. Excesso de contingente. Convocação posterior. Impossibilidade. Precedentes do STJ. O § 2º do art. 4º da Lei n. 5.292, de 08.06.67, deve ser interpretado em consonância com o disposto no *caput*:

Art. 4º. Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida

pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.

(...)

§ 2º. Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo. (grifos meus)

É razoável interpretar a norma no sentido de que os portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação devem ser extraídos do universo de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que tenham obtido adiamento de incorporação, nos termos do *caput* do respectivo dispositivo legal. Essa interpretação é mais restritiva, como convém à normas legais que impõem deveres públicos, sob pena de o Estado eventualmente exceder os limites decorrentes do princípio da legalidade (CR, art. 5º, II).

A adequação dessa exegese também consulta a segurança jurídica, dado que o jovem que adia sua incorporação tem prévio conhecimento de que, ao término de sua graduação superior, deverá honrar o compromisso para o qual fora selecionado: o Estado aguarda para que oportunamente possa melhor servir-se dos serviços de seu recruta. Não seria assim se o Estado pudesse surpreender o profissional no pleno exercício de sua atividade, o que se resolveria em simples estratégia de reduzir encargos financeiros para a respectiva contratação.

Reformulo, portanto, meu entendimento sobre a matéria, passando a acompanhar a orientação destes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...) **MEDICO. SERVIÇO MILITAR DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à possibilidade do Relator decidir monocraticamente recurso quando este for manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal.

Dispensado o impetrante do serviço militar por excesso de contingente, ele não poderá ser obrigado à prestação em momento posterior como oficial médico. (...)

(STJ, AGREsp n. 827.615-RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. 08.03.07)

(...) **SERVIÇO MILITAR. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 5.292/67. IMPOSSIBILIDADE.**

1 - É inaplicável o art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/67 que trata de adiamento de incorporação de médicos, àqueles que são dispensados do serviço militar em virtude de excesso de contingente. (...)

(STJ, REsp n. 978.723-RJ, Rel. Jane Silva, j. 09.10.07)

(...) **SERVIÇO MILITAR. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. APLICAÇÃO DO ART. 4º, § 2º, DA LEI Nº 5.292/67. IMPOSSIBILIDADE.**

A discussão da matéria no âmbito do Tribunal de origem não abordou tema aventado pelo recurso especial. Incidência, na espécie, da Súmula 282, do STF.

Não há como se aplicar o art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, que trata de adiamento de incorporação à médicos, aos que são dispensados do serviço militar, por excesso de contingente. Precedentes. (...)

(STJ, REsp n. 396.466-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.09.06)

(...) **SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE. ARTIGO 4º DA LEI Nº 5.292/67. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.**

1 - Os estudantes das áreas mencionadas no artigo 4º da Lei nº 5.292/67, que tenham sido dispensados por excesso de contingente, não ficam sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório após a conclusão do respectivo curso.

2 - In casu, o autor sequer havia iniciado o curso de medicina antes de sua dispensa. (...)

(STJ, REsp n. 617.725-RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 26.05.04)

(...) **MILITAR DA ÁREA DA SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 4º DA LEI 5292/67. INAPLICABILIDADE.**

O mencionado dispositivo não há de se aplicar ao recorrido, como bem constatado pelo decisum, considerando que fora dispensado, não em razão de sua condição de estudante, mas em função do excesso de contingente. (...)

(STJ, REsp 437.424-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 06.03.03)

Do caso dos autos. Narra o autor, Daniel Rocco Kirchner, ter sido dispensado do serviço militar inicial, por excesso de contingente, em 22.07.98. Não obstante, em dezembro de 2009, foi convocado para se apresentar a fim de servir nas Forças Armadas. Relata sua aprovação na Residência Médica na Faculdade de Medicina de Botucatu, com duração prevista de 3 anos, e início em 01.02.10.

O MM Juízo *a quo* concedeu a segurança para garantir ao impetrante a suspensão do ato de convocação para o serviço militar.

Não assiste razão à União. O Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes supracitados, firmou jurisprudência no sentido de que os Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários - MFDV, dispensados por excesso de contingente, não ficam sujeitos à prestação do serviço militar após a conclusão do curso.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da União, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006141-28.2009.4.03.6005/MS
2009.60.05.006141-2/MS

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : INOCENCIO CENTURIAN
ADVOGADO : ARNILDO BRISSOV e outro
APELADO : Uniao Federal - MEX
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
No. ORIG. : 00061412820094036005 1 Vr PONTA PORA/MS

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Inocencio Centurian contra a sentença de fls. 19/22 que, ao reconhecer a prescrição das parcelas anteriores a 08.12.04, relativas ao percentual de 28,86%, indeferiu a petição inicial com fundamento nos arts. 295, IV, 219, § 5º, e 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apela o autor e alega, em síntese, tratar-se de direito imprescritível, tendo em vista a natureza alimentar da verba. Ademais, "no período da Ditadura Militar, a quem estava prestando serviço para o exército era terminantemente proibido fazer qualquer reclamação a título de diferença salarial" (fls. 25/30).

Em juízo de retratação, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos.

Decido.

Servidor. Reajuste de 28,86%. Prescrição. Termo inicial: 30.06.98. Termo final: 30.12.00. Incidência da Súmula n. 85 do STJ nas ações propostas depois de 30.12.00. A Medida Provisória n. 1.704/98, ao reconhecer administrativamente o direito ao reajuste de 28,86% desde janeiro de 1993, fixou o termo inicial da prescrição da ação respectiva em 30.06.98. O termo final do prazo prescricional corresponde ao decurso da metade do prazo de cinco anos (Decreto n. 20.910/32, art. 9º), a saber, 30.12.00. Para as ações ajuizadas após 30.12.00 (termo final do prazo prescricional), incide a Súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação:

*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL CIVIL. REAJUSTE DE 28,86%
PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO. MP N.º 1.704/98. CAUSA
INTERRUPTIVA CONFIGURADA. MARCO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÃO PROPOSTA APÓS
30/06/2003. SÚMULA N.º 85/STJ. APLICABILIDADE.*

- 1. O reconhecimento pela Administração Pública do direito vindicado pelos servidores constitui causa de interrupção da prescrição, que corresponde ao termo inicial da fluência do prazo prescricional. Precedentes.*
- 2. Segundo os arts. 8º e 9º do Decreto n.º 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal, a prescrição somente poderá ser interrompida uma única vez, sendo certo que o prazo recomeçará a correr pela metade.*
- 3. A Administração Pública Federal, por meio da Medida Provisória n.º 1.704, de 30/06/1998, reconheceu o direito dos seus servidores às diferenças entre o percentual de 28,86% e os valores percebidos a título de reposicionamentos previstos na Lei n.º 8.627/93, desde janeiro de 1993, o que implicou a renúncia tácita do prazo prescricional já transcorrido.*
- 4. O reconhecimento administrativo ocorrido com a edição da Medida Provisória n.º 1.704/98 fixou, em 30/06/1998, o termo a quo do prazo prescricional para os servidores pleitearem em juízo as diferenças do reajuste de 28,86% desde janeiro de 1993; sendo certo que o termo final da prescrição da pretensão de perceber as referidas diferenças, repisa-se, desde janeiro de 1993, se deu em 30/12/2000, ou seja, após o decurso da metade do prazo de cinco anos do termo inicial, nos termos do art. 9º do Decreto n.º 20.910/32.*
- 5. Para as ações ajuizadas após mencionado termo final - 30/12/2000 -, deve incidir o entendimento sufragado na Súmula n.º 85/STJ, no sentido de reconhecer como prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação (...).*

(STJ, 5ª Turma, REsp n. 897.860-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

*ADMINISTRATIVO. (...) MILITAR. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 85/STJ.
RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EDIÇÃO DA MP 1.704-5/98. OCORRÊNCIA. (...).*

- 1 - A questão posta nos autos diz respeito ao direito dos militares às diferenças do reajuste de 28,86% sobre os seus vencimentos. Sendo a Administração Pública omissa em repassar o reajuste devido, a lesão se renova mensalmente, restando caracterizada, por conseguinte, relação jurídica de trato sucessivo, pelo que incide a Súmula 85/STJ.*
- 2 - A Terceira Seção desta Corte Superior pacificou sua jurisprudência no sentido de que a edição da MP 1.704-5/98 implicou em renúncia tácita da Administração Pública à prescrição, porquanto reconheceu, aos servidores públicos civis, o direito ao reajuste de 28,86%, razão pela qual incide, na hipótese, o disposto nos arts. 191 e 202, VI, do*

CC/2002 (arts. 161 e 172, V, do CC/1916), devendo tal entendimento ser também aplicado aos militares, em obediência ao princípio da isonomia (...).

(STJ, 5ª Turma, AGREsp n. 954.415-RS, Rel. Jane Silva, j. 20.11.07)

(...) **SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO TEMPORAL À EDIÇÃO DA MP Nº 2.131/2000.** (...).

1. 'Quando a relação jurídica é de trato sucessivo - como na espécie, em que a prestação, de natureza alimentar, renova-se mês a mês -, somente ocorre a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da ação, conforme a Súmula 85' (AgRg no REsp 824.645/CE, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 11/12/2006) (...).

(STJ, 6ª Turma, AGREsp n. 916.398-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.05.07)

Do caso dos autos. O MM Juízo a quo ao reconhecer a prescrição das parcelas anteriores a 08.12.04, relativas ao percentual de 28,86%, indeferiu a petição inicial com fundamento nos arts. 295, IV, 219, § 5º, e 269, IV, do Código de Processo Civil.

Não assiste razão ao apelante. Além do fato de ter prestado serviço militar no período de 02.02.87 a 01.10.91, anteriormente à edição das Leis n. 8.622/93 e 8.627/93, propôs esta ação somente em 08.12.09, malgrado a alegação de ter tomado conhecimento do direito à diferença salarial somente em 1993, quando o direito foi reconhecido pela União. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do autor, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006219-22.2009.4.03.6005/MS

2009.60.05.006219-2/MS

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE : ORLANDO MACIEL DE OLIVEIRA

ADVOGADO : ARNILDO BRISSOV e outro

APELADO : Uniao Federal - MEX

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

No. ORIG. : 00062192220094036005 1 Vr PONTA PORA/MS

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Orlando Maciel de Oliveira contra a sentença de fls. 19/22 que, ao reconhecer a prescrição das parcelas anteriores a 17.12.04, relativas ao percentual de 28,86%, indeferiu a petição inicial com fundamento nos arts. 295, IV, 219, § 5º, e 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apela o autor e alega, em síntese, tratar-se de direito imprescritível, tendo em vista a natureza alimentar da verba. Ademais, "no período da Ditadura Militar, a quem estava prestando serviço para o exército era terminantemente proibido fazer qualquer reclamação a título de diferença salarial" (fls. 25/30).

Em juízo de retratação, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos. (fl. 31).

Decido.

Servidor. Reajuste de 28,86%. Prescrição. Termo inicial: 30.06.98. Termo final: 30.12.00. Incidência da Súmula n. 85 do STJ nas ações propostas depois de 30.12.00. A Medida Provisória n. 1.704/98, ao reconhecer administrativamente o direito ao reajuste de 28,86% desde janeiro de 1993, fixou o termo inicial da prescrição da ação respectiva em 30.06.98. O termo final do prazo prescricional corresponde ao decurso da metade do prazo de cinco anos (Decreto n. 20.910/32, art. 9º), a saber, 30.12.00. Para as ações ajuizadas após 30.12.00 (termo final do prazo prescricional), incide a Súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL CIVIL. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO. MP N.º 1.704/98. CAUSA INTERRUPTIVA CONFIGURADA. MARCO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÃO PROPOSTA APÓS 30/06/2003. SÚMULA N.º 85/STJ. APLICABILIDADE.

1. O reconhecimento pela Administração Pública do direito vindicado pelos servidores constitui causa de interrupção da prescrição, que corresponde ao termo inicial da fluência do prazo prescricional. Precedentes.

2. Segundo os arts. 8º e 9º do Decreto n.º 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal, a prescrição somente poderá ser interrompida uma única vez, sendo certo que o prazo recomeçará a correr pela metade.

3. A Administração Pública Federal, por meio da Medida Provisória n.º 1.704, de 30/06/1998, reconheceu o direito dos seus servidores às diferenças entre o percentual de 28,86% e os valores percebidos a título de reposicionamentos previstos na Lei n.º 8.627/93, desde janeiro de 1993, o que implicou a renúncia tácita do prazo prescricional já transcorrido.

4. O reconhecimento administrativo ocorrido com a edição da Medida Provisória n.º 1.704/98 fixou, em 30/06/1998, o termo a quo do prazo prescricional para os servidores pleitearem em juízo as diferenças do reajuste de 28,86% desde janeiro de 1993; sendo certo que o termo final da prescrição da pretensão de perceber as referidas diferenças, repisa-se, desde janeiro de 1993, se deu em 30/12/2000, ou seja, após o decurso da metade do prazo de cinco anos do termo inicial, nos termos do art. 9º do Decreto n.º 20.910/32.

5. Para as ações ajuizadas após mencionado termo final - 30/12/2000 -, deve incidir o entendimento sufragado na Súmula n.º 85/STJ, no sentido de reconhecer como prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação (...).

(STJ, 5ª Turma, REsp n. 897.860-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

ADMINISTRATIVO. (...) MILITAR. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL. SÚMULA 85/STJ. RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EDIÇÃO DA MP 1.704-5/98. OCORRÊNCIA. (...).

1 - A questão posta nos autos diz respeito ao direito dos militares às diferenças do reajuste de 28,86% sobre os seus vencimentos. Sendo a Administração Pública omissa em repassar o reajuste devido, a lesão se renova mensalmente, restando caracterizada, por conseguinte, relação jurídica de trato sucessivo, pelo que incide a Súmula 85/STJ.

2 - A Terceira Seção desta Corte Superior pacificou sua jurisprudência no sentido de que a edição da MP 1.704-5/98 implicou em renúncia tácita da Administração Pública à prescrição, porquanto reconheceu, aos servidores públicos civis, o direito ao reajuste de 28,86%, razão pela qual incide, na hipótese, o disposto nos arts. 191 e 202, VI, do CC/2002 (arts. 161 e 172, V, do CC/1916), devendo tal entendimento ser também aplicado aos militares, em obediência ao princípio da isonomia (...).

(STJ, 5ª Turma, AGREsp n. 954.415-RS, Rel. Jane Silva, j. 20.11.07)

(...) SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO TEMPORAL À EDIÇÃO DA MP Nº 2.131/2000. (...).

1. 'Quando a relação jurídica é de trato sucessivo - como na espécie, em que a prestação, de natureza alimentar, renova-se mês a mês -, somente ocorre a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da ação, conforme a Súmula 85' (AgRg no REsp 824.645/CE, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 11/12/2006) (...).

(STJ, 6ª Turma, AGREsp n. 916.398-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.05.07)

Do caso dos autos. O MM Juízo a quo ao reconhecer a prescrição das parcelas anteriores a 17.12.04, relativas ao percentual de 28,86%, indeferiu a petição inicial com fundamento nos arts. 295, IV, 219, § 5º, e 269, IV, do Código de Processo Civil.

Não assiste razão ao apelante. Além do fato de ter prestado serviço militar no período de 16.01.75 a 14.11.75, anteriormente à edição das Leis n. 8.622/93 e 8.627/93, propôs esta ação somente em 17.12.09, malgrado a alegação de ter tomado conhecimento do direito à diferença salarial somente em 1993, quando o direito foi reconhecido pela União. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do autor, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006146-50.2009.4.03.6005/MS

2009.60.05.006146-1/MS

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE : JOSE FERREIRA DO NASCIMENTO

ADVOGADO : ARNILDO BRISSOV e outro

APELADO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

No. ORIG. : 00061465020094036005 1 Vr PONTA PORA/MS

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por José Ferreira do Nascimento contra a sentença de fls. 18/22 que, ao reconhecer a prescrição das parcelas anteriores a 08.12.04, relativas ao percentual de 28,86%, indeferiu a petição inicial com fundamento nos arts. 295, IV, 219, § 5º, e 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apela o autor e alega, em síntese, tratar-se de direito imprescritível, tendo em vista a natureza alimentar da verba. Ademais, "no período da Ditadura Militar, a quem estava prestando serviço para o exército era terminantemente proibido fazer qualquer reclamação a título de diferença salarial" (fls. 25/30). Em juízo de retração, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil, a sentença foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 31).

Decido.

Servidor. Reajuste de 28,86%. Prescrição. Termo inicial: 30.06.98. Termo final: 30.12.00. Incidência da Súmula n. 85 do STJ nas ações propostas depois de 30.12.00. A Medida Provisória n. 1.704/98, ao reconhecer administrativamente o direito ao reajuste de 28,86% desde janeiro de 1993, fixou o termo inicial da prescrição da ação respectiva em 30.06.98. O termo final do prazo prescricional corresponde ao decurso da metade do prazo de cinco anos (Decreto n. 20.910/32, art. 9º), a saber, 30.12.00. Para as ações ajuizadas após 30.12.00 (termo final do prazo prescricional), incide a Súmula n. 85 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL CIVIL. REAJUSTE DE 28,86% PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO. MP N.º 1.704/98. CAUSA INTERRUPTIVA CONFIGURADA. MARCO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÃO PROPOSTA APÓS 30/06/2003. SÚMULA N.º 85/STJ. APLICABILIDADE.

- 1. O reconhecimento pela Administração Pública do direito vindicado pelos servidores constitui causa de interrupção da prescrição, que corresponde ao termo inicial da fluência do prazo prescricional. Precedentes.*
- 2. Segundo os arts. 8º e 9º do Decreto n.º 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal, a prescrição somente poderá ser interrompida uma única vez, sendo certo que o prazo recomeçará a correr pela metade.*
- 3. A Administração Pública Federal, por meio da Medida Provisória n.º 1.704, de 30/06/1998, reconheceu o direito dos seus servidores às diferenças entre o percentual de 28,86% e os valores percebidos a título de reposicionamentos previstos na Lei n.º 8.627/93, desde janeiro de 1993, o que implicou a renúncia tácita do prazo prescricional já transcorrido.*
- 4. O reconhecimento administrativo ocorrido com a edição da Medida Provisória n.º 1.704/98 fixou, em 30/06/1998, o termo a quo do prazo prescricional para os servidores pleitearem em juízo as diferenças do reajuste de 28,86% desde janeiro de 1993; sendo certo que o termo final da prescrição da pretensão de perceber as referidas diferenças, repisa-se, desde janeiro de 1993, se deu em 30/12/2000, ou seja, após o decurso da metade do prazo de cinco anos do termo inicial, nos termos do art. 9º do Decreto n.º 20.910/32.*
- 5. Para as ações ajuizadas após mencionado termo final - 30/12/2000 -, deve incidir o entendimento sufragado na Súmula n.º 85/STJ, no sentido de reconhecer como prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação (...).*

(STJ, 5ª Turma, REsp n. 897.860-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

ADMINISTRATIVO. (...) MILITAR. REAJUSTE DE 28,86% PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 85/STJ. RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EDIÇÃO DA MP 1.704-5/98. OCORRÊNCIA. (...).

- 1 - A questão posta nos autos diz respeito ao direito dos militares às diferenças do reajuste de 28,86% sobre os seus vencimentos. Sendo a Administração Pública omissa em repassar o reajuste devido, a lesão se renova mensalmente, restando caracterizada, por conseguinte, relação jurídica de trato sucessivo, pelo que incide a Súmula 85/STJ.*
- 2 - A Terceira Seção desta Corte Superior pacificou sua jurisprudência no sentido de que a edição da MP 1.704-5/98 implicou em renúncia tácita da Administração Pública à prescrição, porquanto reconheceu, aos servidores públicos civis, o direito ao reajuste de 28,86%, razão pela qual incide, na hipótese, o disposto nos arts. 191 e 202, VI, do CC/2002 (arts. 161 e 172, V, do CC/1916), devendo tal entendimento ser também aplicado aos militares, em obediência ao princípio da isonomia (...).*

(STJ, 5ª Turma, AGREsp n. 954.415-RS, Rel. Jane Silva, j. 20.11.07)

(...) SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86% PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO TEMPORAL À EDIÇÃO DA MP Nº 2.131/2000. (...).

- 1. 'Quando a relação jurídica é de trato sucessivo - como na espécie, em que a prestação, de natureza alimentar, renova-se mês a mês -, somente ocorre a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da ação, conforme a Súmula 85' (AgRg no REsp 824.645/CE, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 11/12/2006) (...).*

(STJ, 6ª Turma, AGREsp n. 916.398-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.05.07)

Do caso dos autos. O MM Juízo a quo ao reconhecer a prescrição das parcelas anteriores a 08.12.04, relativas ao percentual de 28,86%, indeferiu a petição inicial com fundamento nos arts. 295, IV, 219, § 5º, e 269, IV, do Código de Processo Civil.

Não assiste razão ao apelante. Além do fato de ter prestado serviço militar no período de 04.02.85 a 26.01.86, anteriormente à edição das Leis n. 8.622/93 e 8.627/93, propôs esta ação somente em 08.12.09, malgrado a alegação de ter tomado conhecimento do direito à diferença salarial somente em 1993, quando o direito foi reconhecido pela União. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso do autor, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00013 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001923-35.2010.4.03.6000/MS
2010.60.00.001923-2/MS

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : MARCELO ANDRE DE MATOS
ADVOGADO : VIVIANE MARTINS SANTANA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS
No. ORIG. : 00019233520104036000 1 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e de apelação em mandado de segurança interposta pela União contra a sentença de fls. 97/99, que concedeu a segurança para determinar que a autoridade se abstenha de convocar o impetrante para o serviço militar obrigatório, bem como de lavrar contra ela auto de deserção.

Foi interposto o Agravo de Instrumento n. 2010.03.00.007904-5 contra a decisão que deferiu a liminar (fls. 89/95).

Apela a União, com os seguintes argumentos:

- a) o serviço militar obrigatório possui regras especiais, dispostas na Lei n. 5.292/67, para os matriculados em cursos destinados à formação de médicos, dentistas, veterinários e farmacêuticos;
- b) consoante o art. 4º, § 2º, da Lei n. 5.292/97, ao finalizar o curso superior, o impetrante passou a estar sujeito à prestação do serviço, ainda que dispensado por excesso de contingente, tendo em vista que a obrigação para com aquela somente se encerra no dia 31 de dezembro do ano em que completar 45 anos, nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei n. 4.375/64;
- c) serviço militar é gênero, do qual o "serviço militar inicial obrigatório" (art. 3º da Lei n. 4.375/64) e "serviço militar dos MFDV" (Lei n. 5.292/67) são espécies, sendo que a dispensa de um não significa a impossibilidade de prestação de outro (fls. 107/112).

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. fl. 114v.).

Manifestou-se o Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Marlon Alberto Weichert, pelo não provimento do recurso (fls. 117/119).

Decido.

Militar. Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários. MFDV. Excesso de contingente. Convocação posterior. Impossibilidade. Precedentes do STJ. O § 2º do art. 4º da Lei n. 5.292, de 08.06.67, deve ser interpretado em consonância com o disposto no *caput*:

Art. 4º. Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.

(...)

§ 2º. Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo. (grifos meus)

É razoável interpretar a norma no sentido de que os portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação devem ser extraídos do universo de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que tenham obtido adiamento de incorporação, nos termos do *caput* do respectivo dispositivo legal. Essa interpretação é mais restritiva, como convém à normas legais que impõem deveres públicos, sob pena de o Estado eventualmente exceder os limites decorrentes do princípio da legalidade (CR, art. 5º, II).

A adequação dessa exegese também consulta a segurança jurídica, dado que o jovem que adia sua incorporação tem prévio conhecimento de que, ao término de sua graduação superior, deverá honrar o compromisso para o qual fora selecionado: o Estado aguarda para que oportunamente possa melhor servir-se dos serviços de seu recruta. Não seria assim se o Estado pudesse surpreender o profissional no pleno exercício de sua atividade, o que se resolveria em simples estratégia de reduzir encargos financeiros para a respectiva contratação.

Reformulo, portanto, meu entendimento sobre a matéria, passando a acompanhar a orientação destes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...) MEDICO. SERVIÇO MILITAR DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à possibilidade do Relator decidir monocraticamente recurso quando este for manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal.

Dispensado o impetrante do serviço militar por excesso de contingente, ele não poderá ser obrigado à prestação em momento posterior como oficial médico. (...)

(STJ, AGREsp n. 827.615-RS, Rel. Min. Paulo Medina, j. 08.03.07)

(...) **SERVIÇO MILITAR. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 5.292/67. IMPOSSIBILIDADE.**

1 - É inaplicável o art. 4º, § 2º, da Lei 5.292/67 que trata de adiamento de incorporação de médicos, àqueles que são dispensados do serviço militar em virtude de excesso de contingente. (...)

(STJ, REsp n. 978.723-RJ, Rel. Jane Silva, j. 09.10.07)

(...) **SERVIÇO MILITAR. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. APLICAÇÃO DO ART. 4º, § 2º, DA LEI Nº 5.292/67. IMPOSSIBILIDADE.**

A discussão da matéria no âmbito do Tribunal de origem não abordou tema aventado pelo recurso especial. Incidência, na espécie, da Súmula 282, do STF.

Não há como se aplicar o art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, que trata de adiamento de incorporação à médicos, aos que são dispensados do serviço militar, por excesso de contingente. Precedentes. (...)

(STJ, REsp n. 396.466-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.09.06)

(...) **SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE. ARTIGO 4º DA LEI Nº 5.292/67. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.**

1 - Os estudantes das áreas mencionadas no artigo 4º da Lei nº 5.292/67, que tenham sido dispensados por excesso de contingente, não ficam sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório após a conclusão do respectivo curso.

2 - In casu, o autor sequer havia iniciado o curso de medicina antes de sua dispensa. (...)

(STJ, REsp n. 617.725-RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 26.05.04)

(...) **MILITAR DA ÁREA DA SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 4º DA LEI 5292/67. INAPLICABILIDADE.**

O mencionado dispositivo não há de se aplicar ao recorrido, como bem constatado pelo decisum, considerando que fora dispensado, não em razão de sua condição de estudante, mas em função do excesso de contingente. (...)

(STJ, REsp 437.424-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 06.03.03)

Do caso dos autos. Narra o autor, Marcelo André de Matos, ter sido dispensado por excesso de contingente em

26.11.99 (fl. 30) e iniciado o curso de medicina após a dispensa. Afirma o impetrante que após ter concluído o curso de medicina em 2009, foi convocado pelo Comando da 9ª Região Militar para prestar serviço militar.

O MM Juízo a quo concedeu a segurança para determinar que a autoridade se abstenha de convocar o impetrante para o serviço militar obrigatório, bem como de lavrar contra ela auto de deserção.

Não assiste razão à União. O Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes supracitados, firmou jurisprudência no sentido que os Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários - MFDV, dispensados por excesso de contingente, não ficam sujeitos à prestação do serviço militar após a conclusão do curso.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da União, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016289-41.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.016289-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JULIA LOPES PEREIRA e outro
APELADO : CARLOS ALBERTO GONCALVES PEIXOTO e outro
ADVOGADO : ANDRE KIYOSHI HABE e outro
APELADO : TANIA APARECIDA RIBEIRO PEIXOTO
ADVOGADO : ANDRE KIYOSHI HABE e outro
: CLAUDEMIR ESTEVAM DOS SANTOS
: JORGE LUIZ ALVES
PARTE RE' : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro

PARTE RE' : EMGEA Empresa Gestora de Ativos

DESPACHO

Exclua-se da autuação o nome do advogado Dr. André Kiyoshi Habe e incluam-se os nomes dos advogados dos apelados, Dr. CLAUDEMIR ESTEVAM DOS SANTOS (OAB/SP nº 260.641) e Dr. JORGE LUIZ ALVES (OAB/SP nº 301.821), conforme petição (fl. 372/373) e substabelecimento de fls. 374/375.

Após, aguarde-se o julgamento.

Int.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0601757-52.1995.4.03.6105/SP

1999.03.99.101317-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : EGLE ENIANDRA LAPREZA

APELADO : CARLOS FABRICIO LAMAS MAMEDE e outros

: DORIVAL PIN

: EDNA COTARELLI ALVES

: EDSON BORGES

: IRINEU PINTO

ADVOGADO : CLAUDINEI ARISTIDES BOSCHIERO

APELADO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

No. ORIG. : 95.06.01757-3 3 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Homologo a transação entre os autores e a Caixa Econômica Federal (fls. 165/166, 168/170, 176/177 e 179/180), considerando que aderiram ao acordo previsto no art. 4º da LC nº 110 de 29.06.2001, **extinguindo o processo** com exame do mérito nos termos do artigo 269, III do Código de Processo Civil, restando prejudicada a análise do recurso interposto.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos à vara de origem.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Peixoto Junior

Desembargador Federal Relator

00016 CAUTELAR INOMINADA Nº 0040313-71.2006.4.03.0000/MS

2006.03.00.040313-1/MS

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE

REQUERENTE : RODOCAMP TRANSPORTES RODOVIARIOS DE CARGAS LTDA

ADVOGADO : SEBASTIAO DE OLIVEIRA LIMA

REQUERIDO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

No. ORIG. : 2006.60.00.001165-5 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

DESPACHO

Fl. 403 e vº. Trata-se de petição da União Federal requerendo sua intimação nos autos principais, caso seja decretada a perda dos bens acautelados em favor da União.

Ressalto, por outro lado, que em face da decisão de fls. 389/390, disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 01 de outubro de 2010 (fl. 401), não foi interposto qualquer recurso até a presente data, embora regularmente intimadas as partes.

Certifique a Subsecretaria da Quinta Turma o trânsito em julgado da decisão (fls. 389/390), se o caso, e, após, arquivem-se.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00017 CAUTELAR INOMINADA Nº 0044588-63.2006.4.03.0000/MS

2006.03.00.044588-5/MS

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE

REQUERENTE : NILTON ROCHA FILHO

ADVOGADO : SEBASTIAO DE OLIVEIRA LIMA

REQUERIDO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

INTERESSADO : Justica Publica

No. ORIG. : 2006.60.00.001164-3 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

DESPACHO

Fl. 85 e vº. Trata-se de petição da União Federal requerendo sua intimação nos autos principais, caso seja decretada a perda dos bens acautelados em favor da União.

Deixo consignado que, de acordo com o sistema informatizado desta Corte Regional, cujo extrato ora determino seja juntado aos autos, o processo principal nº 2006.60.00.001164-3 retornou com baixa definitiva a Seção Judiciária de origem (GRPJ nº 2009127319).

Ressalto, por outro lado, que em face da decisão de fl. 74 e vº, disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 01 de outubro de 2010 (fl. 83), não foi interposto qualquer recurso até a presente data, embora regularmente intimadas as partes.

Certifique a Subsecretaria da Quinta Turma o trânsito em julgado da decisão (fl. 74 e vº), se o caso, e, após, arquivem-se.

Int.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00018 CAUTELAR INOMINADA Nº 0040312-86.2006.4.03.0000/MS

2006.03.00.040312-0/MS

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE

REQUERENTE : SOLO BOM COM/ E REPRESENTACOES LTDA

ADVOGADO : SEBASTIAO DE OLIVEIRA LIMA

REQUERIDO : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM

No. ORIG. : 2006.60.00.001550-8 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

DESPACHO

Fl. 166 e vº. Trata-se de petição da União Federal requerendo sua intimação nos autos principais, caso seja decretada a perda dos bens acautelados em favor da União.

Ressalto, por outro lado, que em face da decisão de fls. 152/153, disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 01 de outubro de 2010 (fl. 164), não foi interposto qualquer recurso até a presente data, embora regularmente intimadas as partes.

Certifique a Subsecretaria da Quinta Turma o trânsito em julgado da decisão (fls. 152/153), se o caso, e, após, arquivem-se.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

RAMZA TARTUCE
Desembargadora Federal

00019 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0019122-95.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.019122-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
APELADO : ARACY SERRA
ADVOGADO : PERISSON LOPES DE ANDRADE e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00191229520094036100 13 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Tendo em vista a ausência de intimação pessoal da União do despacho de fl. 213, defiro o retorno dos autos ao MM. Juízo *a quo*, conforme requerido à fl. 232.
Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00020 CAUTELAR INOMINADA Nº 0021674-63.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.021674-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
REQUERENTE : ADAO MESSIAS MONTENEGRO e outro
: IZABEL RODRIGUES MONTENEGRO
ADVOGADO : JOSE LUIZ MATTHES e outro
REQUERIDO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
No. ORIG. : 00047969020104036102 4 Vr RIBEIRAO PRETO/SP
DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos declaratórios opostos contra a decisão que indeferiu a petição inicial da cautelar.

Alega o embargante que, julgado parcialmente procedente o pedido na ação em que discute a contribuição ao FUNRURAL, foi interposto recurso de apelação, o qual ainda não foi recebido, de modo que não seria o caso de agravo de instrumento, e a apreciação de pedido de antecipação de tutela no recurso de apelação demandaria tempo, causando-lhe prejuízos. Aduz que, por não haver instrumento recursal cabível, deve a medida cautelar ser processada.

DECIDO.

Não assiste razão ao recorrente.

Os embargos de declaração têm por finalidade sanar obscuridade, contradição ou omissão no dispositivo da sentença ou acórdão, não sendo cabível a utilização do recurso para modificar o julgado.

No presente caso, a petição inicial da cautelar foi indeferida por faltar ao requerente interesse processual.

Tal decisão está devidamente fundamentada, não tendo ocorrido a alegada omissão prevista no artigo 535 do Código de Processo Civil.

Vê-se que o embargante pretende, na verdade, a reforma da decisão, o que somente poderá ser pleiteada por meio do recurso adequado.

Diante do exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, **NEGO SEGUIMENTO** aos embargos declaratórios.

Dê-se ciência.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002885-65.2005.4.03.6119/SP
2005.61.19.002885-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : PROJECTA GRANDES ESTRUTURAS LTDA
ADVOGADO : RENATO APARECIDO GOMES
: SILVIO LUIZ DE ALMEIDA
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
DESPACHO

Fls. 140/143. A União Federal (Fazenda Nacional) alega que a renúncia é requisito exigido pela lei do parcelamento. Desse modo, esclareça a apelante PROJECTA GRANDES ESTRUTURAS LTDA se renuncia ao direito sobre que se funda a ação.

Prazo: 10 (dez) dias.

Após, no silêncio da apelante, aguarde-se o julgamento.

Int.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.
RAMZA TARTUCE
Desembargadora Federal

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030141-11.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.030141-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR
APELANTE : TUFIK JOSE CHARABE (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : TUFIK JOSE CHARABE e outro
: PEDRO MORA SIQUEIRA
: RICARDO MORA OLIVEIRA
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
DESPACHO

Fls. 247/248. Diante da falta de comprovação da alegada intervenção cirúrgica, indefiro o pedido.

Destarte, certifique-se o trânsito em julgado do acórdão de fl. 244.

Após as formalidades legais, baixem os autos à vara de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

Boletim Nro 2843/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0091167-93.1992.4.03.6100/SP
97.03.085082-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : SALVATORE DI MONACO

ADVOGADO : APARECIDO INACIO e outros
APELADO : Conselho Regional de Farmacia CRF
ADVOGADO : PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO
No. ORIG. : 92.00.91167-6 18 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO. ESTRANGEIRO. NATURALIZAÇÃO. EXIGIBILIDADE.

1. A Constituição da República de 1988, art. 39, instituiu o Regime Jurídico Único, do qual se beneficiaram os servidores que, embora não tenham sido admitidos por concurso público, contavam com 5 (cinco) anos de continuada prestação de serviços, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essas normas constitucionais foram regulamentadas pelo art. 243 da Lei n. 8.112/90, que transformou, para esses servidores, não contratados por prazo determinado, empregos em cargos.
2. Não obstante o art. 39 da Constituição da República tenha sofrido alteração de redação pela Emenda Constitucional n. 19/98 - circunstância que levou o Supremo Tribunal Federal a julgar prejudicada, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/98 (determina que os empregados dos conselhos de fiscalização se sujeitem à legislação trabalhista), a ADIn n. 1.717 - sua redação original voltou a ter vigência, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional n. 19/98 em virtude de vícios no seu processo legislativo (ADIn n. 2.135). Sendo assim, prevalecem as normas segundo as quais somente se beneficiam do Regime Jurídico Único os servidores que, em 05.10.88, haviam então completado 5 (cinco) anos de continuado serviço e que, além disso, não foram contratados por prazo determinado. Não preenchidos esses requisitos, o servidor não se encontra abrangido pelo Regime Jurídico Único, cuja forma de ingresso é o concurso público
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a aplicabilidade do Regime Jurídico Único aos contratados anteriormente à Constituição da República, obviamente preenchidos os requisitos supramencionados. Precedentes do STJ (REsp n. 820696, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02.09.08; EDREsp n. 702315, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 25.10.07; REsp n. 333064, Rel. Des. Fed. Conv. Jane Silva, j. 18.09.07).
4. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça também indicam que o § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649/98, cuja vigência em princípio ainda subsiste, inibe a aplicação do Regime Jurídico Único no âmbito dos conselhos de fiscalização de profissão regulamentada (REsp n. 1981719, Rel. Min. Thereza de Assis Moura, j. 09.11.06; AGREsp n. 330517, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.05.06).
5. Julgados deste Tribunal exigem os requisitos instituídos pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para que possa ser aplicado o Regime Jurídico Único. Precedentes do TRF da 3ª Região (AMS n. 200361000138620, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 23.11.09; AMS n. 97030314481, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Loverra, j. 20.09.07).
6. O acesso de estrangeiro a cargo público tornou-se possível com a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.98, que deu nova redação ao art. 37, I, da Constituição da República, afastando a genérica proibição mas condicionando ao cumprimento do que viesse a ser disposto "na forma da lei". O Supremo Tribunal Federal entende que a nova redação confere ao dispositivo eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos. Precedentes (RE-AgR n. 544655, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.09.08; RE-ED n. 342459, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.05.06). Até que sobrevenha lei que regulamente o art. 37, I, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, prevalece o óbice contido no § 6º do art. 243 da Lei n. 8.112/90, segundo o qual os "empregos dos servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público, enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira, passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos". Em outras palavras, o "emprego" do estrangeiro não é transformado em "cargo", consoante o § 1º do mesmo dispositivo, enquanto não procedida à naturalização. Ainda que o servidor seja estável, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tratando-se de estrangeiro seu emprego não é transformado em cargo e, portanto, não é incluído no Regime Jurídico Único.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00002 AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0073237-38.2006.4.03.0000/SP
2006.03.00.073237-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
AGRAVADO : OSMAR MADUREIRA SILVA e outro
: OSCAR MADUREIRA SILVA
ADVOGADO : ANA MARIA PARISI
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
INTERESSADO : UNIAO MADUREIRA CONSTRUCAO CIVIL LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSJ>SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 2005.61.26.003617-0 2 Vr SANTO ANDRE/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRAZO. TERMO INICIAL.

1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Por isso que é inviável, quando o agravante deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Precedentes do STJ.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de ser adequada a exceção de pré-executividade para alegar prescrição (o que implica também a decadência, cujo prazo não se suspende nem se interrompe), bastando que não haja controvérsia sobre fatos, como suspensão da exigibilidade do crédito ou notificação para seu pagamento, como se infere de precedente editado para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 1136144, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.12.09).
3. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 8, definindo a aplicabilidade do prazo quinquenal para o lançamento de contribuições previdenciárias, à vista da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n. 8.212/91. Na hipótese de não haver pagamento pelo contribuinte, o termo inicial do prazo decadencial para o lançamento de ofício do tributo é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I), em conformidade com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 973733, Rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.09). À luz da jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, conclui-se ser aplicável o prazo decadencial de cinco anos para o lançamento de ofício das contribuições sociais não recolhidas pelo contribuinte a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento deveria ter sido efetuado (CTN, art. 173, I), o que afasta a ampliação desse prazo para dez anos ou antecipe seu termo inicial para o fato gerador (CTN, art. 150, § 4º).
4. A CDA objeto da execução fiscal foi inscrita em 16.06.05 e corresponde a valores devidos no período de 01.96 a 13.03. O lançamento ocorreu em 10.12.04. Assim, verifica-se que a decadência ocorreu em relação aos fatos geradores anteriores a 01.01.99, haja vista que, entre tal data e a da constituição do crédito, transcorreu período de tempo superior a 5 (cinco) anos.
5. Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022051-34.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.022051-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
AGRAVADO : VIACAO FERRAZ LTDA massa falida
ADVOGADO : MARIA ISABEL MANTOAN DE OLIVEIRA e outro

ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00595528619994036182 1F Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO INSCRITO NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. ÔNUS DA PROVA.

1. Resta pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que na execução fiscal proposta com base em CDA, na qual consta o nome do sócio como responsável tributário, o ônus da prova quanto à ausência dos requisitos do art. 135 do Código Tributário Nacional é do sócio. Referida matéria foi levada a julgamento pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil.
2. Esse entendimento não é obliterado pela revogação do art. 13 da Lei n. 8.620/93, na medida em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a responsabilidade do sócio deriva da aplicação do art. 135 do Código Tributário Nacional. Conclui-se, portanto, que incumbe aos sócios cujos nomes constam na CDA a comprovação de não estarem caracterizadas as hipóteses legais de responsabilização tributária - que são aquelas previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional - em sede que comporte dilação probatória.
3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

Expediente Nro 7333/2010

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008083-12.2002.4.03.6112/SP
2002.61.12.008083-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : EDSON JACOMOSI
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO ROSATO e outro
APELANTE : ELENA BETTY GONCALVES BRITZ MUSTAFA
ADVOGADO : IRAELI ANDRADE DO NASCIMENTO
: JAIR LUIZ DO NASCIMENTO
APELADO : Justica Publica
NÃO OFERECIDA DENÚNCIA : WALTER SILVA DE OLIVEIRA
: ANGELO CESAR FERNANDES JACOMOSI
: ELENA BETTY GONCALVES BRITZ MUSTAFA

DECISÃO

O Código de Processo Penal, no Capítulo VI, "DOS EMBARGOS", em seu artigo 619, determina que: "Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão."

No presente caso, o v. acórdão de fls. 805/808 foi disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal em 20/08/2010, considerando-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente àquele dia, nos termos dos §§ 3º e 4º, do artigo 4º, da Lei n. 11.419/2006, conforme certificado à fl. 812.

Tendo o embargante apresentado o presente recurso em 03/11/2010, à evidência não restou preenchido um dos requisitos de sua admissibilidade, vez que protocolizado após o prazo legal, que expirou em 25/10/2010, não merecendo conhecimento estes embargos de declaração.

Diante do exposto, não conheço do recurso.
Int.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
RAMZA TARTUCE
Desembargadora Federal

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

Expediente Nro 7291/2010

00001 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0055949-57.1999.4.03.6100/SP
1999.61.00.055949-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
PARTE AUTORA : MARLENE DE FARIA DALLA CHIARA e outros
: SAUL RIBEIRO
: JOSE OLIMPIO DE MORAES
: NELI BRANDINI QUINTEIRO
: JOSE GERALDO SONVENSO
: DECIO PARISOTO
: MARLENE GOMES MACHADO
ADVOGADO : JULIO CESAR DE FREITAS SILVA e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00559495719994036100 9 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial de sentença proferida em ação de repetição de indébito, que julgou procedente o pedido e condenou a União Federal a restituir aos autores os valores correspondentes ao imposto de renda retido na fonte sobre suas contribuições à entidade fechada de previdência complementar ECONOMUS, no período de 01/01/1989 a 31/12/1995, com atualização monetária pelo Provimento COGE nº 64/2005, até a entrada em vigor da Lei nº 9.250/95, e a partir de então somente pela taxa SELIC. A União Federal foi condenada ainda ao reembolso de custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

Desde a criação das instituições de previdência privada pela Lei nº 6.435/77, as contribuições eram deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda, incidindo o tributo quando o contribuinte percebia o benefício suplementar, conforme o disposto no Decreto nº 58.400/66 e Decretos-leis nºs 1.642/78 e 2.396/87.

Posteriormente, os fundos de previdência privada fechada foram regulados pela Lei nº 7.713/88, que determinava o recolhimento da contribuição em parcelas deduzidas sobre o salário líquido dos beneficiários, que já haviam sofrido a tributação do imposto de renda na fonte.

Confira-se o disposto no artigo 31 da referida Lei nº 7.713/88:

"Art. 31. Ficam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo ônus não tenha sido do beneficiário:

I- as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada."

Por sua vez, o artigo 6º da Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, relativamente ao valor das contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tivessem sido tributados na fonte (inciso VII, "b").

Com o advento da Lei nº 9.250/95, a situação se inverteu, passando a incidir o imposto de renda apenas no momento do resgate das contribuições, por força do disposto no seu artigo 33, que diz: *"Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições"*.

Ressalte-se que a Medida Provisória nº 1.943-52/96, reeditada sob o nº 2.159-70/01, determinou a exclusão das contribuições cujo ônus tenha sido da pessoa física da base de cálculo do imposto de renda, visando evitar a dupla incidência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indevida a cobrança do imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e sobre a devolução das contribuições recolhidas durante a vigência da Lei nº 7.713/88, consoante se verifica do seguinte acórdão:

TRIBUTÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RATEIO DO PATRIMÔNIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 (ERESP 643691/DF, DJ 20.03.2006; ERESP 662.414/SC, DJ 13.08.2007; ERESP 500.148/SE, DJ 01.10.2007; ERESP 501.163/SC, DJ 07.04.2008).

2. A quantia que couber por rateio a cada participante, superior ao valor das respectivas contribuições, constitui acréscimo patrimonial (CTN, art. 43) e, como tal, atrai a incidência de imposto de renda. Precedentes (AgRg nos ERESP 433.937/AL, Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 19/05/2008; AgRg nos ERESP 530.883/MG, Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16/10/2006).

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (RESP 760.246/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2008)

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que reconheceu a não incidência do imposto de renda sobre o valor correspondente às parcelas de contribuição efetuadas no período de 01.01.1989 a 31.12.1995, cujo ônus tenha sido exclusivamente dos participantes, e condenou a União Federal à restituição das importâncias recolhidas.

Quanto aos critérios de correção monetária, vale ressaltar que esta deve ser efetuada segundo os critérios da Resolução nº 561/2007, elaborada pelo Conselho da Justiça Federal com o escopo de padronizar os critérios de atualização monetária no âmbito da Justiça Federal, e que a partir da vigência da Lei nº 9.250/95 passa a ser somente pela taxa SELIC.

Ante o exposto, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **nego seguimento** à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007725-73.1999.4.03.6105/SP

1999.61.05.007725-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : IND/ DE MOTORES ANAUGER LTDA

ADVOGADO : MARISTELA FERREIRA DE S MIGLIOLI SABBAG

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido em ação declaratória objetivando assegurar a dedução das despesas relativas ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, da base de cálculo da própria Contribuição Social sobre o Lucro, em face da inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 9.316/96.

Em suas razões recursais, pugna a autora pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A questão comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.316/96, em seu artigo 1º e parágrafo único, estabeleceu que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido, para efeito de determinação do lucro real que serve de base de cálculo para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nem de sua própria base de cálculo, e que os valores da contribuição social, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Ao meu ver, a vedação de dedução prevista na Lei nº 9.316/96 não importa em qualquer ofensa ao disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional e inciso III do artigo 153 da Constituição Federal, eis que não altera o conceito constitucional de renda e nem tampouco o fato gerador das exações em comento.

De fato, o inciso III do artigo 153 da Constituição Federal arrola a renda e proventos de qualquer natureza como hipótese tributária.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional define genericamente o fato gerador do imposto de renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendida como produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos (inciso I); e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II).

Assim, nada impede que o legislador imponha limites à dedução das verbas relativas ao pagamento de tributos, não havendo qualquer direito à compensação dos valores recolhidos.

A respeito da matéria, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCRO REAL. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. INDEDUTIBILIDADE. ART. 1º DA LEI N. 9.316/1996. LEGALIDADE.

1. O art. 1º da Lei n. 9.316/1996 não ofende o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN, de forma que o valor referente à CSLL não pode ser, na apuração do lucro real, deduzido da base de cálculo do imposto de renda.

2. O Código Tributário Nacional define genericamente a base de cálculo do imposto de renda, competindo à lei ordinária seu detalhamento. Dessa forma, não há empecilho para que o legislador ordinário imponha limites à dedução da verba dispensada no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do lucro real ficou a seu encargo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 670.079/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 16.03.2007 p. 336)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ART. 1º DA LEI Nº 9.316/96. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO. LUCRO REAL. SÚMULA 83/STJ.

1. O artigo 1º da Lei nº 9.316/96 não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não autorizando a dedução do valor referente à Contribuição Social Sobre o Lucro-CSSL da base de cálculo da própria contribuição para apuração do lucro real.

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

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 696010/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 326)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006554-05.2000.4.03.9999/SP

2000.03.99.006554-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : DAHER MOHAMAD HAMID -ME

ADVOGADO : ADAO NOGUEIRA PAIM

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : OS MESMOS

INTERESSADO : DAHER MOHAMAD HAMID

No. ORIG. : 97.00.00137-1 1 Vr SAO JOAQUIM DA BARRA/SP

DECISÃO

Tendo em vista a informação de fls.67 (de que o débito se encontra extinto por pagamento com ajuizamento a ser cancelado), não pode prevalecer os recursos de apelação interpostos pelas partes, julgo-os prejudicados, nos termos do artigo 33, XII, do Regimento Interno deste Tribunal (perda superveniente do interesse recursal).

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

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.03.99.077023-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : 12 DE OUTUBRO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA massa falida
ADVOGADO : MANUEL ANTONIO ANGULO LOPEZ e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança por do meio do qual o contribuinte postula a exclusão das parcelas futuras de parcelamento fiscal dos montantes indevidamente acrescidos na apuração do débito e, ainda, a posterior compensação com o próprio parcelamento ou com outros tributos na forma da lei 8383/91 e lei 9430/96, de todo o montante já indevidamente pago.

Aduz a impossibilidade de cobrança de juros e multa moratória pela caracterização do bis in idem. Aduz ainda que resta caracterizado no caso concreto o instituto da denúncia espontânea. Ressalta que a correção monetária deverá ser efetuada a partir da efetiva data do pagamento indevido, com a utilização de índices que reflitam com realidade a inflação do período. A impetrante alega, ainda, que no parcelamento estão sendo imputados aos valores das parcelas estipuladas a cobrança de juros sobre juros, não podendo ser utilizada a SELIC como taxa de juros moratórios.

Argüi, ainda a compensação com tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, vencidas e vincendas. Por derradeiro, alega que os Decretos-Leis 2445/88 e 2449/88 foram declarados inconstitucionais, sendo devido o PIS nos exatos termos da Lei Complementar 07/70.

Após a prolação da r. sentença, os autos subiram a Esta Corte, oportunidade em que a apelação do impetrante foi provida para anular o provimento jurisdicional de primeira instância, restando prejudicado o apelo da União Federal. Com a descida dos autos, nova sentença foi proferida cujo dispositivo acabou por conceder parcialmente a segurança para o fim de determinar a exclusão do montante apurado do débito referente ao PIS calculados na forma dos Decretos-lei 2.445/88 e 2.449/88, de forma que em substituição à inconstitucional legislação, seja aplicada a LC 07/70, declarando-se compensáveis os créditos decorrentes dos recolhimentos indevidos, acrescidos dos mesmos índices de correção monetária utilizados para atualizar os créditos tributários da União Federal, com parcelas do próprio parcelamento do PIS.

Em sede apelação, o impetrante pleiteia a exclusão da multa, quer em razão da denúncia espontânea, quer pela sua inaplicabilidade em relação à massa falida. No mais, aduz a impossibilidade de capitalização dos juros moratórios, a teor da Súmula 121 do STF.

Por sua vez, a União Federal, em seu recurso, pugna pela prescrição, impossibilidade jurídica da compensação unilateral e genérica e sua vedação antes do trânsito em julgado. Quanto aos consectários, almeja afastar a taxa SELIC. O MPF, em seu parecer, opina pelo improvimento da apelação da impetrante e parcial provimento do apelo da União Federal.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Por primeiro, tenho por interposta a remessa oficial, haja vista a existência de lei especial conferindo a submissão da sentença a esta autêntica condição de eficácia, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei 1533/51, reproduzido na novel Lei 12.016/09.

Outrossim, a possibilidade jurídica do pedido é fato incontroverso, vez que amparo em norma expressa no sentido de sua plena viabilidade jurídica.

Quanto ao mérito, cabe afastar a alegação consubstanciada na aplicação da prescrição quinquenal nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em homenagem à uniformização da matéria no âmbito do STJ.

A razão pela qual passo a comungar deste entendimento tem assento nas seguintes premissas:

Em primeiro lugar, deve-se acentuar que a EC 45/04, sem embargo das anteriores alterações legislativas a respeito, teve como apanágio alterar de modo contundente a função dos Tribunais Superiores acerca das funções que lhes competiam de molde a prestigiar a uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal.

Ao legislador ordinário, por sua vez, coube a tarefa de regular estes preceitos constitucionais dando-lhes efetividade.

Como exemplos, citam-se a regulamentação da súmula vinculante, repercussão geral e recursos repetitivos.

Com isso, os Tribunais de Superposição foram dotados de mecanismos processuais aptos a dar segurança a seus precedentes, firmando diretrizes seguras para os demais órgãos o Poder Judiciário em prol da celeridade na prestação jurisdicional, da segurança jurídica e da igualdade nas relações jurídicas quando submetidas ao crivo deste Poder.

Em segundo lugar, há que se destacar que, sobre esse tema, a jurisprudência, em especial a do STJ, oscilou ao longo do tempo, sem que se pudesse atestar, de maneira segura, a tese prevalecente acerca da prescrição na restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Todavia, com o advento da LC 118/05, após nova discepção a respeito do alcance dessa norma, o STJ, enfim, estabeleceu orientação uníssona sobre a matéria em de recurso representativo da controvérsia, a qual passo a adotar em respeito às alterações constitucionais alhures citada que privilegiam os precedentes jurisprudenciais. Eis o *leading case* citado no informativo 417/STJ:

RECURSO REPETITIVO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC N. 118/2005.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que, pelo princípio da irretroatividade, impõe-se a aplicação da LC n. 118/2005 aos pagamentos indevidos realizados após sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, visto ser norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva. Assim, tratando-se de pagamentos indevidos antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (9/6/2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a tese dos "cinco mais cinco", desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal, regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do CC/2002. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido. No caso, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27/11/2002, razão pela qual se conclui que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC n. 118/2005. Daí a tese aplicável ser a que considera os cinco anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais cinco anos referentes à prescrição da ação. Outrossim, destaque-se que, conquanto as instâncias ordinárias não mencionem expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que foram efetuados sob a égide da LC n. 70/1991, uma vez que a Lei n. 9.430/1996, vigente a partir de 31/3/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da Cofins. Precedente citado: AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.

Portanto, aplicar-se-á o prazo quinquenal a contar o pagamento indevido, nos moldes da LC 118/05, aos recolhimentos efetuados após o seu advento.

No que tange às parcelas anteriores, a conhecida tese denominada "cinco mais cinco" (cinco anos a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita) continua a reger tais relações na forma da jurisprudência consolidada pelo STJ.

A inconstitucionalidade das majorações do FINSOCIAL é questão incontroversa, pois todas a alíquotas que excederam à 0,5%, ressalvada a de 0,6% para o ano de 1988, foram declaradas inconstitucionais pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário, nº 150.764-1-PE, publicada no DJU de 02/04/93, "in verbis":

"O FINSOCIAL, tal como recepcionado pela Constituição, art.56 do ADCT, vale dizer, o FINSOCIAL do § 1º do art.1º, do D.L.1.940/82, com a redação do art. 22 do D.L. 2.397/87, à alíquota de 0,6%(seis décimos por cento), tem amparo legal e constitucional, dado que recepcionado expressamente, conforme vimos de ver, como imposto de competência residual da União. Sua alteração, introduzida pela Lei 7.689, de 1988, art.9º, e as subseqüentes modificações da alíquota, constantes das Leis 7.738/89, art.28, 7.787/89, art.7º, 7.894/89, art.1º e 8.147/90, art 1º, não têm legitimidade constitucional..."(trechos do voto do Ministro Carlos Velloso).

Por outro lado, entendo ser incabível a exclusão da multa moratória em sede de parcelamento, isso porque, a teor do artigo 138 do Código Tributário Nacional, para que seja considerada espontânea a denúncia, ao denunciante caberia recolher concomitantemente o tributo devido, e na sua integralidade, obstando a exclusão da responsabilidade de que trata o dispositivo citado o mero pedido de parcelamento do débito.

Esse entendimento sempre foi sufragado em nossas Cortes, haja vista a Súmula n. 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos, de 13/05/1.986, publicada no DJ em 22/05/1.986, onde se lê que "a simples confissão da dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea", e acabou sendo incluído no Código Tributário Nacional pela Lei Complementar n. 104/2001, conforme se pode depreender da leitura do artigo 155-A e seu §1º.

A respeito:

"RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - TRIBUTÁRIO - PARCELAMENTO DE DÉBITO DE ICMS DECLARADO E NÃO PAGO - EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - ALÍNEA "A" - PRETENSÃO VIOLAÇÃO AO ART. 138 DO CTN - INOCORRÊNCIA - SÚMULA 208 DO TFR - § 1º DO ARTIGO 155-

A DO CTN (ACRESCENTADO PELA LC 104/01) - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONHECIDA, PORÉM NÃO PROVIDO O RECURSO PELA ALÍNEA "C".

O instituto da denúncia espontânea da infração constitui-se num favor legal, uma forma de estímulo ao contribuinte, para que regularize sua situação perante o fisco, procedendo, quando for o caso, ao pagamento do tributo, antes do procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração.

Nos casos em que há parcelamento do débito tributário, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado, e só será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do artigo art. 158, I, do mencionado Codex.

Esse parece o entendimento mais consentâneo com a sistemática do Código Tributário Nacional, que determina, para afastar a responsabilidade do contribuinte, que haja o pagamento do devido, apto a reparar a delonga do contribuinte. Nesse sentido o enunciado da Súmula n. 208 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "a simples confissão de dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea".

A Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que acresceu ao Código Tributário Nacional, dentre outras disposições, o artigo 155-A, veio em reforço ao entendimento ora esposado, ao estabelecer, em seu § 1º, que "salvo disposição de lei contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas".

Recurso especial não conhecido pela alínea "a" e conhecido, mas, não provido pela alínea "c".

(REsp 284189/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 17.06.2002, DJ 26.05.2003 p. 254)

Ademais, os juros de mora devem incidir sobre o valor corrigido do débito e têm como finalidade compensar o credor pelo prazo de inadimplência do devedor, desde a data do vencimento da dívida e até o efetivo pagamento.

A imposição de multa moratória decorre de lei e nada mais é do que uma pena pecuniária aplicada em todos os casos de inadimplência do devedor, incidindo sobre o valor principal corrigido.

Resta claro, portanto, a inexistência de ilegalidade na cumulação de multa e juros sobre o parcelamento, ainda que em percentual diverso da taxa legal de 1% (um por cento) ao mês, eis que as normas atinentes ao parcelamento tributário não são convencionais. Assim, como as demais normas tributárias, decorrem de lei.

Ainda que fosse aplicável ao caso a previsão contida no art. 192, § 3º da CF/88, a súmula nº 07 do Pretório Excelso, cujos efeitos vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, prescreve que referido cânone possui eficácia limitada, dependendo de lei complementar que o discipline.

Não obstante, em atendimento ao preceito contido no art. 462 do CPC, é de rigor afastar a multa moratória. O Colendo Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que, em sendo a executada/embargante massa falida, não há que se reclamar multa fiscal moratória. Súmulas ns. 192 e 565. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 1023989/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009.

Por sua vez, os juros serão devidos após a quebra, caso o ativo comportar, a teor do artigo 26 do Decreto-lei n. 7.661/45, Nesse sentido: STJ, REsp 686222/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.05.2007, DJ 18.06.2007 p. 246.

Atente-se para o fato de que o pagamento da parte dos recolhimentos a título de multa consolidados no parcelamento tem plena validade, porquanto, à época do pagamento, ainda não havia sido decretada a quebra.

Nesse diapasão, de molde a prestigiar, mais uma vez, a função uniformizadora da interpretação da legislação federal por meio do STJ, necessário alinhar as decisões desta E. Turma no sentido de permitir a compensação, disciplinando-a consoante lei vigente no momento da propositura da ação.

À guisa de ilustração, segue recente precedente da 1ª Seção da referida Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 720.966/ES, concluiu que:

a) houve evolução legislativa em matéria de compensação de tributos (Leis 8.383/91, 9.430/96 e 10.637/2002);

b) na vigência da Lei 8.383/91, somente é possível a compensação de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, vincendas e da mesma espécie, nos casos de pagamento indevido ou a maior;

c) com o advento da Lei 9.430/96, o legislador permitiu que a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, autorizasse a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração;

d) a Lei 10.637/02 (que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96), possibilitou a compensação de créditos, passíveis de restituição ou ressarcimento, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de requerimento do contribuinte;

e) a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação;

f) ausência de prequestionamento constitui-se óbice incontornável, sendo possível ao STJ apreciar a demanda apenas à luz da legislação examinada nas instâncias ordinárias.

2. *Demanda ajuizada na vigência da Lei 9.430/96. Não restando abstraído, no acórdão do Tribunal de origem, que o recorrente requereu administrativamente à Secretaria da Receita Federal a compensação com tributos de espécies diversas, deve-se permitir a compensação do PIS apenas com débitos da mesma exação.*

3. *Embargos de divergência não providos.*

EREsp 1018533 / SP

EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2008/0193450-3

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON

Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO

Fonte: DJe 09/02/2009

Nesse sentido, considerando que o ajuizamento da demanda deu-se na vigência da Lei 9.430/96 e que não há comprovação de qualquer pedido administrativo, a compensação do PIS efetuar-se-á apenas com parcelas do próprio parcelamento do PIS.

Quanto aos consectários legais, vale mencionar que a taxa SELIC a partir de janeiro de 1996 foi acolhida jurisprudência e utilizada como critério de correção monetária e juros pelo Provimento 561/07 do CJF, motivo pelo qual deve ser computada no montante a ser compensado.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - RECOLHIMENTO EM QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - POSSIBILIDADE - DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO - ART. 263 DO CPC - PROTOCOLO OU DESPACHO DO JUIZ - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - IPI - JUROS DE MORA - SELIC - ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior considera que, por ausência de previsão no art. 511 do Código Processo Civil, bem como no art. 2º da Lei n. 9.289/91, resolução de tribunal não pode restringir a possibilidade de se pagar o porte de remessa e retorno dos autos em qualquer agência da Caixa Econômica Federal.*

2. *"A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil." (REsp 598798/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21.11.2005).*

3. *A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 2.5.2005, entendeu que, "na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido".*

(EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

4. *Para fins de correção monetária, deve ser aplicada a Tabela Única da Justiça Federal, editada por meio da Resolução 561 do Conselho da Justiça Federal, de 2.7.2007, atrelada à jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito.*

Recurso especial provido.

(REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

Nesta toada, é de rigor a análise do art. 170-A do CTN à luz do entendimento unânime sobre o tema no âmbito do STJ, na forma dos arestos abaixo colacionados submetidos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. *A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.*

2. *Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.*

3. *Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.*

(REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. *Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.*

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Uma vez que a ação foi ajuizada antes da vigência da LC 104/01, é de se afastar a aplicação do mencionado preceito normativo no caso sob a apreciação.

Isto posto, em face da posição pacífica do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Nego seguimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do art. 557, caput, do CPC; Dou parcial provimento à apelação do Impetrante apenas para afastar a exigibilidade da multa após a quebra, mantendo-se, entretanto, a validade dos recolhimentos já efetuados a este título
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00005 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006735-34.1998.4.03.6100/SP
2001.03.99.023880-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : PERICIA ADMINISTRACAO E CORRETAGEM DE SEGUROS E DE
PREVIDENCIA PRIVADA S/C LTDA
ADVOGADO : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 98.00.06735-3 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de medida cautelar por meio do qual contribuintes, instituições financeiras, objetivam recolher a CSSL, aplicando-lhes a alíquota destinada aos demais setores da econômica, bem como proceder a compensação dos valores indevidamente recolhidos no período compreendido entre 1993 a agosto de 1997, com a mesma exação e COFINS.

O Juízo de origem julgou procedente o pedido.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Os autores, em seu recurso, almejam incluir os expurgos inflacionários na correção dos valores sujeitos à compensação.

Em petição apartada, o autor Perícia - Administração e Corretagem de Seguros e Previdência requereu a expedição de ofício à Procuradoria da Fazenda Nacional para que haja o cancelamento da inscrição em dívida ativa.

Após a oitiva da ré, indeferiu-se o pedido, o que desafiou a interposição de agravo regimental às fls. 191/198.

Posteriormente, foi requerida a renúncia ao direito sobre o qual se funda ação em relação a um litisconsórcio ativo, prosseguindo-se o feito em relação aos demais. Os honorários advocatícios são aqueles fixados na ação principal.

Em face dessa decisão, foi interposto agravo regimental às fls. 247/249, o qual restou improvido.

É o sucinto relatório. Decido.

Com efeito, a decisão monocrática nos autos de nº 2004.03.99.031655-8 (apelação cível 971830), constitui superveniência de fato conducente à não apreciação do mérito deste recurso de apelação e da remessa oficial, bem como do agravo regimental de fls. 191/198, por falta de interesse processual, ocasionando sua prejudicialidade.

Oportunamente, remetam-se os autos ao juízo de origem, com as cautelas de estilo.

Consoante decisão exarada pela E. 6ª Turma em sede de agravo regimental às fls. 262/265, os honorários advocatícios serão aqueles fixados na ação principal.

Isto posto, diante de sua manifesta prejudicialidade, nego seguimento à apelação, a remessa oficial e ao agravo regimental de fls. 191/198, nos termos do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00006 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002227-40.2001.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OURO FINO IND/ E COM/ DE AUTO PECAS LTDA
ADVOGADO : FERNANDO SERGIO FARIA BERRINGER e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação da União Federal em face de sentença que julgou parcialmente o pedido apenas para excluir a TR e TRD do parcelamento, no que estiver sendo exigida no período entre 01.02.91 a 31.12.91, aplicando, em substituição, o INPC até a criação da UFIR. Nesse período incidirão também juros de 1% ao mês (calculados de forma linear, não composto), além de multa moratória (devida no caso de obrigações não pagas no prazo, na forma legislação de regência). No mais, julgou improcedente o pedido. Sucumbência recíproca.

Decisão sujeita ao reexame necessário.

Na apelação, a União Federal sustenta a aplicação da TR e TRD.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Nessa ordem de ideias, não conheço da remessa oficial, negando-lhe seguimento, nos termos do art. 475, § 3º, do CPC, na medida em que a matéria na qual a União Federal restou sucumbente foi submetida ao crivo do Plenário do STF.

(REsp 572890/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2004, DJ 24/05/2004, p. 190)

Passo ao exame do mérito.

Com relação à TR, o E. STF também já teve oportunidade de fixar entendimento no sentido de sua inconstitucionalidade, conforme o aresto que segue:

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.

ADI 493 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 25/06/1992

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Publicação: DJ 04-09-1992 PP-14089

Destarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal ora transcrita declarou que a TR não constitui índice de correção monetária, admitindo-a, apenas, como juros moratórios, nos termos em que prevista no artigo 9º da lei 8177/91, com a redação dada pela lei 8218/91.

Cabe salientar, por oportuno, que no período em que a legislação determinava a utilização da TR como correção monetária de forma indevida, deve ser aplicado o INPC para recomposição do valor ao tempo da ocorrência do fato gerador a fim de se evitar o locupletamento ilícito, tendo em vista a inflação galopante neste interregno,. Nesse sentido, o STJ, conforme ementa que segue:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 80 DA LEI Nº 8.383/91. TRD. ÍNDICE APLICÁVEL.

1. "A TR e a TRD são consideradas pelo STJ e pelo STF taxa remuneratória, trazendo em seus componentes não só a correção monetária, mas a taxa de juros, sendo imprestáveis para mera atualização de débito fiscal" (REsp 489.159/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 04.10.04).

2. A partir da promulgação da Lei 8.177/91 é legítima a aplicação do INPC para a atualização dos créditos ou débitos tributários.

3. A contradição a ensejar o acolhimento dos embargos de declaração é interna, ou seja, é aquela existente entre as proposições e conclusões do próprio julgado, e não entre o que ficou decidido e a tese defendida pelo embargante.

4. Os aclaratórios não se prestam para que sejam novamente analisadas questões já discutidas.

5. Embargos de declaração rejeitados.

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 692731 Processo: 200401360030

UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 13/09/2005 Documento: STJ000642864 Fonte: DJ

DATA:03/10/2005 PÁGINA:207

Relator(a): CASTRO MEIRA

Isto posto e com esteio no art. 557, caput, do CPC e na súmula 253 do E. STJ, nego seguimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do art. 557, caput, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00007 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0009259-96.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.009259-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : DROGA PIRES DE AMERICANA LTDA
ADVOGADO : MARCO ANTONIO FERREIRA DE CASTILHO e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 00092599620014036100 2 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação proposta por contribuinte por meio da qual postula a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL, ou seja, naquilo em que exceder a alíquota de 0,5%, com débitos vencidos e vincendos com débitos de outros tributos administrados pela SRF, tudo corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios.

O Juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido para, declarando a inexistência de relação jurídica decorrente da aplicação do art. 9º da Lei 7689/88 e leis posteriores, permitir a compensação tributária, após o trânsito em julgado, dos valores pagos a título de FINSOCIAL no período de março de 1991 a março de 1992, que tenham excedido a alíquota de 0,5% prevista no DL 1940/82, com quaisquer tributos administrados pela SRF, corrigidos monetariamente nos termos do Prov. COGE 64/05, incluindo-se taxa SELIC a partir de janeiro de 1996. Sucumbência recíproca.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Embargos de declaração acolhidos, porém, sem dotá-los de efeitos infringentes, tão somente para afastar a possibilidade de juros moratórios de 1% a partir dos recolhimentos indevidos.

Em sede de apelação, o autor pugna pela inclusão dos juros a partir dos recolhimentos indevidos até 31/12/95 e, após, taxa SELIC; possibilidade de compensação antes do trânsito em julgado; além da fixação dos honorários advocatícios no percentual de 10% em seu favor.

Por sua vez, a União Federal, em seu recurso, tece considerações a respeito da prescrição quinquenal e exclusão dos expurgos inflacionários.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais de Superposição.

Nessa ordem de ideias, deixo de conhecer da remessa oficial, uma vez que a matéria tratada nos autos já foi submetida ao crivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 475, § 3º, do CPC.

Ademais, tenho que o mencionado dispositivo não exige que todas as questões apreciadas pela sentença sejam objeto de julgamento pelo Pretório Excelso, de súmula daquele Tribunal ou de outro Tribunal Superior. Para o não-conhecimento do reexame necessário, a teor do art. 475, § 3º, do CPC, basta que a jurisprudência ou súmula seja aquela que cuide do cerne da controvérsia. Nesse sentido, a jurisprudência o E. STJ:

PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA POR INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE DE TRIBUNAL SUPERIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 475, § 3º, DO CPC.

1. A Lei 10.352/2001 acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC, dispensando o reexame necessário "quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente". Trata-se de oportuna e elogiável alteração do sistema processual, que, reconhecendo e privilegiando a força dos precedentes dos tribunais superiores, confere maior efetividade às decisões judiciais de primeiro grau, abreviando, assim, o desfecho do processo.

2. Não se pode dar interpretação rígida à norma do art. 475, § 3º, do CPC, a ponto de exigir, para sua aplicação, que haja súmula ou jurisprudência sobre cada um dos pontos enfrentados na sentença, sejam eles principais ou acessórios, importantes ou secundários. Se assim fosse, o dispositivo seria letra morta. A jurisprudência ou a súmula do tribunal superior que, invocada na sentença, dispensa o reexame necessário, há de ser entendida como aquela que diga respeito aos aspectos principais da lide, às questões centrais decididas, e não aos seus aspectos secundários e acessórios.

3. No caso dos autos, todavia, foi o contrário o que ocorreu: os precedentes invocados dizem respeito a questões secundárias, e não ao cerne da controvérsia posta, razão pela qual o reexame necessário da sentença não ficou dispensado.

4. Recurso especial provido.

REsp 572890 / SC

RECURSO ESPECIAL 2003/0114025-5

Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data do julgamento: 04/05/2004

Data da publicação/fonte: DJ 24/05/2004 p. 190 REVPRO vol. 121 p. 244

Desse modo, passo ao exame do mérito para, incontinenti, afastar a alegação consubstanciada na aplicação da prescrição quinquenal nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em homenagem à uniformização da matéria no âmbito do STJ.

A razão pela qual passo a comungar deste entendimento tem assento nas seguintes premissas:

Em primeiro lugar, deve-se acentuar que a EC 45/04, sem embargo das anteriores alterações legislativas a respeito, teve como apanágio alterar de modo contundente a função dos Tribunais Superiores acerca das funções que lhes competiam de molde a prestigiar a uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal.

Ao legislador ordinário, por sua vez, coube a tarefa de regular estes preceitos constitucionais dando-lhes efetividade.

Como exemplos, citam-se a regulamentação da súmula vinculante, repercussão geral e recursos repetitivos.

Com isso, os Tribunais de Superposição foram dotados de mecanismos processuais aptos a dar segurança a seus precedentes, firmando diretrizes seguras para os demais órgãos o Poder Judiciário em prol da celeridade na prestação jurisdicional, da segurança jurídica e da igualdade nas relações jurídicas quando submetidas ao crivo deste Poder.

Em segundo lugar, há que se destacar que, sobre esse tema, a jurisprudência, em especial a do STJ, oscilou ao longo do tempo, sem que se pudesse atestar, de maneira segura, a tese prevalecente acerca da prescrição na restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Todavia, com o advento da LC 118/05, após nova discepção a respeito do alcance dessa norma, o STJ, enfim, estabeleceu orientação uníssona sobre a matéria em de recurso representativo da controvérsia, a qual passo a adotar em respeito às alterações constitucionais alhures citada que privilegiam os precedentes jurisprudenciais. Eis o *leading case* citado no informativo 417/STJ:

RECURSO REPETITIVO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC N. 118/2005.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que, pelo princípio da irretroatividade, impõe-se a aplicação da LC n. 118/2005 aos pagamentos indevidos realizados após sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, visto ser norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva. Assim, tratando-se de pagamentos indevidos antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (9/6/2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a tese dos "cinco mais cinco", desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal, regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do CC/2002. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido. No caso, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27/11/2002, razão pela qual se conclui que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC n. 118/2005. Daí a tese aplicável ser a que considera os

cinco anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais cinco anos referentes à prescrição da ação. Outrossim, destaque-se que, conquanto as instâncias ordinárias não mencionem expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que foram efetuados sob a égide da LC n. 70/1991, uma vez que a Lei n. 9.430/1996, vigente a partir de 31/3/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da Cofins. Precedente citado: AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.

Por outro lado, o mesmo Tribunal já consolidou o entendimento no sentido de que é irrelevante, para fins de contagem do prazo prescricional, a data da declaração de inconstitucionalidade da exação cuja compensação se pleiteia. Nesse sentido, o aresto que segue:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. IOF. EXERCÍCIO DE 1980. EXAÇÃO. INCONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESPICIENDA. RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPC. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONSONÂNCIA.

SÚMULA 83/STJ.

(...)

3. Em julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C, do CPC, a Primeira Seção entendeu que, para o início da contagem do prazo prescricional para a restituição de tributo declarado inconstitucional pelo STF, é despcienda a data da declaração de inconstitucionalidade da norma que exigia a exação.

(...)

(REsp 1086820/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 28/10/2010)

Portanto, aplicar-se-á o prazo quinquenal a contar o pagamento indevido, nos moldes da LC 118/05, aos recolhimentos efetuados após o seu advento.

No que tange às parcelas anteriores, a conhecida tese denominada "cinco mais cinco" (cinco anos a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita) continua a reger tais relações na forma da jurisprudência consolidada pelo STJ.

Em que pese a adoção da prescrição decenal, apenas os recolhimentos de março de 1991 a março de 1992 escapam da perda do direito à pretensão.

À mingua de impugnação, mantido o reconhecimento da inconstitucionalidade da exação naquilo em que exceder a alíquota de 0,5%, bem como os critérios de compensação acolhidos pelo Juízo de origem.

Quanto aos expurgos inflacionários, necessário destacar que os índices aplicados pelo Juízo de origem foram contemplados pelo Provimento 561/07 do CJF, incluindo-se taxa SELIC a partir de janeiro de 1996, consoante remansosa jurisprudência a respeito:

PROCESSUAL CIVIL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - RECOLHIMENTO EM QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - POSSIBILIDADE - DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO - ART. 263 DO CPC - PROTOCOLO OU DESPACHO DO JUIZ - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - IPI - JUROS DE MORA - SELIC - ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, por ausência de previsão no art. 511 do Código Processo Civil, bem como no art. 2º da Lei n. 9.289/91, resolução de tribunal não pode restringir a possibilidade de se pagar o porte de remessa e retorno dos autos em qualquer agência da Caixa Econômica Federal.

2. "A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil." (REsp 598798/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21.11.2005).

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 2.5.2005, entendeu que, "na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido".

(REsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

4. Para fins de correção monetária, deve ser aplicada a Tabela Única da Justiça Federal, editada por meio da Resolução 561 do Conselho da Justiça Federal, de 2.7.2007, atrelada à jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. Recurso especial provido.

(REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

Na esteira do precedente acima, não se admite a aplicação de juros moratórios a partir do recolhimento indevido, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, devendo incidir apenas a partir do trânsito em julgado.

Considerando que a taxa SELIC abarca em sua composição os juros moratórios, não há que falar em aplicação deste percentual, sob pena de *bis in idem*.

Por fim, é de rigor a análise do art. 170-A do CTN à luz do entendimento unânime sobre o tema no âmbito do STJ, consoante os arestos abaixo colacionados submetidos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Uma vez que a ação foi ajuizada após vigência da LC 104/01, o encontro de contas iniciar-se-á após o trânsito em julgado.

Sucumbência recíproca mantida, já que substancial parcela dos recolhimentos sujeitos à compensação encontra-se acobertada pelo manto da prescrição, ainda que aplicável o prazo decenal.

Isto posto, em face da posição pacífica do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nego seguimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do art. 557, caput, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013109-61.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.013109-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : AMADEU JORGE VIANA CARVALHO e outro

: EMILIA DE ALMEIDA CARVALHO

ADVOGADO : CARLOS GILBERTO CIAMPAGLIA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando impedir a quebra do sigilo bancário do autor, nos moldes da Lei Complementar nº 105/01.

Em suas razões recursais, pugna o apelante pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, considerando que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido da possibilidade de quebra do sigilo bancário, utilizando informações

da movimentação financeira do contribuinte, para a constituição de créditos tributários. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CPMF. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELO FISCO. POSSIBILIDADE. NORMA PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. RECURSO ESPECIAL N. 1.134.665 - SP, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A Lei n. 4.595/64 regulamentou o Sistema Financeiro Nacional.

Essa lei autorizava a quebra de sigilo bancário tão somente em razão de ordem judicial.

2. A Lei n. 9.311/96 instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF. Especificamente o artigo 11 desse diploma, em sua redação original, dispôs que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento prestariam informações à Receita Federal, vedado, contudo, que tais dados fossem utilizados para constituição do crédito tributário.

3. Todavia, a Lei n. 10.174/2001, alterando a redação do § 3º, do artigo 11 da Lei n. 9.311/96, permitiu que os dados colhidos servissem de substrato para instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de créditos relativos a impostos e contribuições.

4. A jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que as alterações legislativas da Lei n. 10.174/2001 e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 são normas procedimentais e, com supedâneo no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, tais regras possuem aplicação imediata, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido em data anterior à vigência desses diplomas.

5. Esse entendimento foi consolidado no julgamento do Recurso Especial n. 1.134.665 - SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1178058/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 07/10/2010)

Nesse diapasão, a inviolabilidade da intimidade dos cidadãos não impede a ação de fiscalização da autoridade tributária, nos precisos termos do artigo 145, §1º, da Constituição Federal.

Sob esse raciocínio, o sigilo de dados não se aplica, como direito absoluto, à autoridade fiscal, que tem o dever legal de identificar a capacidade econômica dos contribuintes, quanto ao seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas. Exige-se-lhe, sim, a observância dos direitos individuais que, em alguns casos, deve ceder diante do interesse da Administração Pública. Outra não é a exegese do artigo 198, § 1º, inciso II, do Código Tributário Nacional:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§1º: Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art.199, os seguintes:

(...)

II- solicitações da autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa".

Assim, a Lei Complementar nº 105/01, que outorgou ao Fisco a quebra do sigilo desde que haja procedimento administrativo instaurado e seja indispensável a obtenção de dados sigilosos do contribuinte, bem como a Lei nº 10.714/01, que alterou o §3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, para facultar à Secretaria da Receita Federal a utilização das informações atinentes à CPMF, com o escopo de instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, embora pareçam colidir com o direito de resguardo de dados, coadunam-se com os preceitos constitucionais. A aparente inconstitucionalidade resvala no poder de investigação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas conferido pelo legislador constituinte à administração tributária, para o pagamento de imposto, com o resguardo, pelo Fisco, das informações obtidas no procedimento administrativo fiscal que, aliás, não está afetado pelo princípio da publicidade. O permissivo apontado encontra-se bem delineado no artigo 145, §1º, da Carta Magna e no artigo 198 do Código Tributário Nacional.

Frise-se que o artigo 197 do referido diploma obriga, em seu inciso II, que os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras prestem, à autoridade administrativa, todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, sem que seja necessária autorização judicial para o tanto. O exercício da autoridade fiscal não pode ficar dependendo, sempre e a cada passo, de permissão judicial para o fornecimento de informações, porquanto é atividade expressamente autorizada em lei.

No mais, o § 5º do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/01 dispõe que as informações obtidas serão conservadas sob sigilo fiscal, não importando ofensa à intimidade.

Por outro lado, ao lançamento, que constitui o crédito tributário, admite-se aplicar a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros, nos termos do artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. Descabido falar em irretroatividade de norma permissiva da fiscalização pelo Fisco, que não institui ou cria tributos.

Desta forma, não constitui violação a princípios constitucionais e garantias fundamentais a notificação por parte do Fisco para apresentação de dados ou fornecimento de documentos relativos à movimentação bancária. Sobre a questão, transcrevo, a seguir, precedente da E. Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO - POSSIBILIDADE.

1. Preliminar de ausência de pressupostos processuais rejeitada, visto ter sido sanada a irregularidade apontada pela superveniência de documentação comprobatória da representação processual da impetrante.

2. A verificação da regularidade na prestação de informações concernentes ao recolhimento de tributos e contribuições, a partir de dados relativos à movimentação financeira do contribuinte, encontra respaldo no art. 145, § 1º, segunda parte, da Constituição Federal.

3. Ausência de ofensa ao direito à privacidade consagrado constitucionalmente, uma vez resguardado o sigilo fiscal.

4. A atividade fiscalizatória decorre ex vi legis, possuindo a autoridade o dever de sigilo quanto aos dados a que tem acesso, estando, assim, preservada a privacidade do contribuinte, ex vi do artigo 198 do Código Tributário Nacional. (AMS 95.03.091383-7/SP, Rel. Desembargador Federal MAIRAN MAIA, data da decisão: 14/09/2005).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se as partes.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00009 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005335-68.2001.4.03.6103/SP
2001.61.03.005335-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Santoro Facchini
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : PARKER HANNIFIN IND/ E COM/ LTDA
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO D ARACE VERGUEIRO e outro
SUCEDIDO : PARKER HIDRAULICA LTDA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP

DECISÃO

1. Com fundamento no artigo 501, do Código de Processo Civil c.c. artigo 33, VI, do Regimento Interno, homologo o pedido de desistência formulado pelo autor relativo aos embargos de declaração de fls. 384/388.

2. Fls. 390/392: Vista à União Federal.

Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Santoro Facchini
Juiz Federal Convocado

00010 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0003279-37.2002.4.03.6100/SP
2002.61.00.003279-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MANUEL TEIXEIRA DA ROCHA
ADVOGADO : JAMIR ZANATTA e outro

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e remessa oficial submetida em face de sentença que, em ação de repetição de indébito, julgou procedente o pedido, para condenar a ré a restituir ao autor os valores indevidamente retidos na fonte a título de imposto de renda incidente sobre o pagamento de precatório, relativo ao benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez recebido acumuladamente e com atraso.

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal a aplicabilidade do art. 12 da Lei nº 7.713/88.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A controvérsia cinge-se acerca da possibilidade da retenção de imposto de renda sobre o pagamento judicial de benefícios previdenciários acumulados, pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Assim dispõe o artigo 12 da Lei nº 7.713/88:

Art. 12: "No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização".

No mesmo sentido, prevê o artigo 46 da Lei nº 8.541/92:

Art. 46: "O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário".

Da leitura dos dispositivos legais supramencionados, pode parecer devida, a uma primeira vista, a retenção do imposto de renda sobre os rendimentos acumulados advindos de decisão judicial.

Contudo, por força dos princípios da equidade e da isonomia, tenho que a legislação deve ser interpretada de forma que só haverá retenção na fonte de rendimentos pagos em cumprimento à decisão judicial quando, isoladamente, tais valores ensejarem a incidência da exação. Ou seja, na hipótese de equívoco ou ilegalidade da Administração, não incide o imposto de renda quando a diferença do benefício determinado na sentença não resultar em valor mensal superior ao limite fixado para a sua isenção.

De outro modo, o contribuinte acabaria por sofrer duplo prejuízo, pois além de não receber regularmente os rendimentos previdenciários, necessitando recorrer ao Judiciário para tanto, seria obrigado a se submeter a uma tributação à qual não estaria sujeito se tivesse recebido na época própria.

Nesse sentido pacificou-se o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplificam os acórdãos abaixo colacionados:

TRIBUTÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE.

1. O imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente deve ser calculado com base nas tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos. Em outras palavras, a retenção na fonte deve observar a renda que teria sido auferida mês a mês pelo contribuinte se não fosse o erro da administração e não no rendimento total acumulado recebido em virtude de decisão judicial. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

2. Recurso especial improvido.

(REsp 783.724/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.08.2006, DJ 25.08.2006 p. 328)

TRIBUTÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS ACUMULADAMENTE. VALOR MENSAL DO BENEFÍCIO ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO.

1. O pagamento decorrente de ato ilegal da Administração não constitui fato gerador de tributo.

2. O imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pelo INSS, quando o reajuste do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do referido imposto.

3. A hipótese in foco versa o cabimento da incidência do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria recebidos incorretamente, por isso que, à luz da tipicidade estrita, inerente ao direito tributário, impõe-se a manutenção do acórdão recorrido.

4. O Direito Tributário admite na aplicação da lei tributária o instituto da equidade, que é a justiça no caso concreto. Ora, se os proventos, mesmos revistos, não seriam tributáveis no mês em que implementados, também não devem sê-lo quando acumulados pelo pagamento a menor pela entidade pública. Ocorrendo o equívoco da Administração, o resultado judicial da ação não pode servir de base à incidência, sob pena de sancionar-se o contribuinte por ato do Fisco, violando os princípios da Legalidade e da Isonomia, mercê de chancelar o enriquecimento sem causa da Administração.

5. O aposentado não pode ser apenado pela desídia da autarquia, que negligenciou-se em aplicar os índices legais de reajuste do benefício. Nessas hipóteses, a revisão judicial tem natureza de indenização, pelo que o aposentado deixou de receber mês a mês.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 617.081/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.04.2006, DJ 29.05.2006 p. 159) RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO ACUMULADO EFETUADO COM ATRASO PELO INSS.

VALOR MENSAL ISENTO DE IMPOSTO DE RENDA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO MONTANTE RECEBIDO. NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA.

Merece prevalecer o entendimento esposado pela Primeira Turma de que "o imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pela Administração, quando a diferença do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do imposto de renda" (REsp 505081/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.2004).

Recurso especial improvido.

(REsp 723.196/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.03.2005, DJ 30.05.2005 p. 346)

Assim também já decidiu esta Corte:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PAGO DE UMA ÚNICA VEZ EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Não cabe a incidência de imposto de renda na fonte sobre pagamento de parcelas de benefício previdenciário concedido mediante decisão judicial, posto que deve ser observado o limite de isenção do tributo à época em que cada uma das mesmas deveria ter sido efetivamente paga ao seu titular, sem embargo de lançamento suplementar, resultante do englobamento destas parcelas com aquelas declinadas à época, máxime porque não operada a extinção do crédito tributário, por força do ajuizamento desta ação.

2. Em se tratando de restituição de indébito relativo ao ano de 1999, aplica-se somente a SELIC, por se tratar de critério de juros e correção monetária.

3. Precedentes jurisprudenciais do C. STJ.

4. Apelação da União improvida."

(AC nº 2001.61.14.003427-9, 3ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, julgado em 04/07/2007)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009515-87.2002.4.03.6105/SP

2002.61.05.009515-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : CHAPEUS CURY LTDA

ADVOGADO : JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando assegurar a dedução das despesas relativas ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, em face da inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 9.316/96, bem como assegurar o direito de depositar judicialmente os valores em litígio.

Em suas razões recursais, pugna a impetrante pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A questão comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.316/96, em seu artigo 1º e parágrafo único, estabeleceu que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido, para efeito de determinação do lucro real que serve de base de cálculo para o Imposto

de Renda Pessoa Jurídica, nem de sua própria base de cálculo, e que os valores da contribuição social, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Ao meu ver, a vedação de dedução prevista na Lei nº 9.316/96 não importa em qualquer ofensa ao disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional e inciso III do artigo 153 da Constituição Federal, eis que não altera o conceito constitucional de renda e nem tampouco o fato gerador das exações em comento.

De fato, o inciso III do artigo 153 da Constituição Federal arrola a renda e proventos de qualquer natureza como hipótese tributária.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional define genericamente o fato gerador do imposto de renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendida como produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos (inciso I); e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II).

Assim, nada impede que o legislador imponha limites à dedução das verbas relativas ao pagamento de tributos, não havendo qualquer direito à compensação dos valores recolhidos.

A respeito da matéria, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCRO REAL. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. INDEDUTIBILIDADE. ART. 1º DA LEI N. 9.316/1996. LEGALIDADE.

1. O art. 1º da Lei n. 9.316/1996 não ofende o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN, de forma que o valor referente à CSSL não pode ser, na apuração do lucro real, deduzido da base de cálculo do imposto de renda.

2. O Código Tributário Nacional define genericamente a base de cálculo do imposto de renda, competindo à lei ordinária seu detalhamento. Dessa forma, não há empecilho para que o legislador ordinário imponha limites à dedução da verba dispensada no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do lucro real ficou a seu encargo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 670.079/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 16.03.2007 p. 336)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ART. 1º DA LEI Nº 9.316/96. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO. LUCRO REAL. SÚMULA 83/STJ.

1. O artigo 1º da Lei nº 9.316/96 não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não autorizando a dedução do valor referente à Contribuição Social Sobre o Lucro-CSSL da base de cálculo da própria contribuição para apuração do lucro real.

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

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 696010/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 326)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002879-87.2002.4.03.6111/SP

2002.61.11.002879-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : MARIA SIRENE COSTA -ME

DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que com fundamento nos artigos 156, inciso V, e 174, ambos do CTN, declarou extinto o feito, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso VI, do CPC.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. Recurso especial provido em parte."

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Logo, se as parcelas do tributo em questão foram declaradas pela empresa e venceram-se entre a data de 10/11/1997 e 10/12/1997, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar n.º 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei n.º

6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003037-45.2002.4.03.6111/SP
2002.61.11.003037-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MARIA SIRENE COSTA -ME
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que com fundamento nos artigos 156, inciso V, e 174, ambos do CTN, declarou extinto o feito, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso VI, do CPC.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. Recurso especial provido em parte."

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Logo, se as parcelas do tributo em questão foram declaradas pela empresa e venceram-se entre a data de 10/02/1998 e 11/01/1999, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar nº. 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei nº 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003438-44.2002.4.03.6111/SP

2002.61.11.003438-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MARIA SIRENE COSTA -ME
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que com fundamento nos artigos 156, inciso V, e 174, ambos do CTN, declarou extinto o feito, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso VI, do CPC.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. Recurso especial provido em parte."

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Logo, se as parcelas do tributo em questão foram declaradas pela empresa e venceram-se entre a data de 12/04/1999 e 10/12/1999, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar n.º 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei n.º 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028357-78.2002.4.03.6182/SP

2002.61.82.028357-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : POSTO SERVECAR LTDA

INTERESSADO : JOSE ARMENIO FERREIRA

DECISÃO

Vistos, etc

Trata-se de apelação em face da sentença que rejeitou a alegação de nulidade do título executivo e julgou procedente o pedido principal, para reconhecer a inexistência do crédito descrito na CDA, fixando os honorários advocatícios em R\$ 600,00.

Em suas razões de apelação, sustenta a UNIÃO que a decisão merece reforma, alegando que a Súmula 192 do STF se refere à multa, quando acessória do valor principal, não quando ela é a obrigação principal, constituída através de auto de infração.

Insurge-se, ainda, contra a condenação em honorários, vez que a embargante foi a única culpada pelo ajuizamento da execução fiscal.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Egrégia Corte.

É o breve relatório. Decido.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Pretende a UNIÃO FEDERAL a cobrança de multa por infração de artigo da CLT.

Portanto, inequívoca a natureza de penalidade administrativa pretendida na hipótese, pelo que inafastável a incidência do disposto no artigo 23, parágrafo único, inciso III, do Decreto-lei n. 7661/45, e Súmula n. 192 do Colendo Supremo Tribunal Federal, onde se lê:

"NÃO SE INCLUI NO CRÉDITO HABILITADO EM FALÊNCIA A MULTA FISCAL COM EFEITO DE PENA ADMINISTRATIVA."

A respeito:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. CONTRARIEDADE AO ART. 535. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSENTE. SÚMULA 211/STJ. MULTA À INFRAÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO CONTRA A MASSA FALIDA . IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 192 E 565/STF.

1. Não se conhece da alegada violação dos arts. 535 e 458 do CPC por deficiência na fundamentação do recurso, uma vez que a recorrente não especificou quais os pontos omissos ou sem fundamentação do acórdão recorrido, nem indicou por quais razões a Corte regional teria obrigação de sobre eles se manifestar. Incide o óbice da Súmula 284/STF.

2. Em relação à pretensa contrariedade aos arts. 2º, 128 e 460, do CPC; 5º e 29 da Lei 6.830/80; e 187 do CTN, deixo de analisá-la em face da ausência do necessário prequestionamento. Incide o óbice da Súmula 211/STJ.

3. A multa aplicada em decorrência de infração às normas da CLT possui natureza administrativa e, por isso, não pode ser cobrada da massa falida, conforme disposição expressa do art. 23, III do DL 7.661/45 - aplicável ao processo em questão - e entendimento sedimentado na Súmula 192/STF.

4. No que se refere à redução da verba honorária à qual foi condenada a Fazenda Nacional, torna-se impossível sua análise em sede de recurso especial, uma vez que essa tarefa implicaria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

5. A questão referente ao momento em que foi aplicada a multa - se antes ou depois da quebra da sociedade - não ficou evidenciada no acórdão a quo, de forma que não se encontra prequestionada e também não pode ser analisada em sede de recurso especial diante do óbice da Súmula 7/STJ.

6. A multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC não deve ser afastada, tendo em vista que foi aplicada nos segundos aclaratórios opostos, os quais trataram apenas de repetir os primeiros embargos que já tinham sido manejados.

7. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1046477/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 09/10/2008)

Condenação em verba honorária mantida, em atenção ao princípio da causalidade, uma vez que, embora, quando ajuizada a execução fiscal em apenso, não houvesse declaração de quebra da embargante, após a oposição dos embargos, a situação falimentar restou inequívoca, e, ainda assim, a UNIÃO criou resistência injustificada à inexigibilidade da multa.

Isto posto, nego seguimento à apelação, nos termos do artigo 557, caput, do CPC.

Int. Pub.

Após as providências necessárias, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00016 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0050506-53.2003.4.03.0000/SP

2003.03.00.050506-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : BELLA LINEA IND/ E COM/ LTDA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE NOVA ODESSA SP
No. ORIG. : 03.00.00032-0 1 Vr NOVA ODESSA/SP

DECISÃO

Tendo em vista haver a manifestação da União Federal às fls.84, não pode prosperar o presente agravo. Julgo-o prejudicado, nos termos do artigo 33, incisos XII, do Regimento Interno desta Corte.

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

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010909-13.2003.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : ROOSEVELT AGARI SIMOES
ADVOGADO : MÁRIO GARCIA MACHADO JUNIOR e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando impedir a quebra do sigilo bancário do autor, nos moldes da Lei Complementar nº 105/01.

Em suas razões recursais, pugna o apelante pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, considerando que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido da possibilidade de quebra do sigilo bancário, utilizando informações da movimentação financeira do contribuinte, para a constituição de créditos tributários. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CPMF. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELO FISCO. POSSIBILIDADE. NORMA PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA. RECURSO ESPECIAL N. 1.134.665 - SP, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A Lei n. 4.595/64 regulamentou o Sistema Financeiro Nacional.

Essa lei autorizava a quebra de sigilo bancário tão somente em razão de ordem judicial.

2. A Lei n. 9.311/96 instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF. Especificamente o artigo 11 desse diploma, em sua redação original, dispôs que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento prestariam informações à Receita Federal, vedado, contudo, que tais dados fossem utilizados para constituição do crédito tributário.

3. Todavia, a Lei n. 10.174/2001, alterando a redação do § 3º, do artigo 11 da Lei n. 9.311/96, permitiu que os dados colhidos servissem de substrato para instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de créditos relativos a impostos e contribuições.

4. A jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que as alterações legislativas da Lei n. 10.174/2001 e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 são normas procedimentais e, com supedâneo no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, tais regras possuem aplicação imediata, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido em data anterior à vigência desses diplomas.

5. Esse entendimento foi consolidado no julgamento do Recurso Especial n. 1.134.665 - SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1178058/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 07/10/2010)

Nesse diapasão, a inviolabilidade da intimidade dos cidadãos não impede a ação de fiscalização da autoridade tributária, nos precisos termos do artigo 145, §1º, da Constituição Federal.

Sob esse raciocínio, o sigilo de dados não se aplica, como direito absoluto, à autoridade fiscal, que tem o dever legal de identificar a capacidade econômica dos contribuintes, quanto ao seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas. Exige-se-lhe, sim, a observância dos direitos individuais que, em alguns casos, deve ceder diante do interesse da Administração Pública. Outra não é a exegese do artigo 198, § 1º, inciso II, do Código Tributário Nacional:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§1º: Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art.199, os seguintes:

(...)

II- solicitações da autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa".

Assim, a Lei Complementar nº 105/01, que outorgou ao Fisco a quebra do sigilo desde que haja procedimento administrativo instaurado e seja indispensável a obtenção de dados sigilosos do contribuinte, bem como a Lei nº 10.714/01, que alterou o §3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, para facultar à Secretaria da Receita Federal a utilização das informações atinentes à CPMF, com o escopo de instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a

existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, embora pareçam colidir com o direito de resguardo de dados, coadunam-se com os preceitos constitucionais. A aparente inconstitucionalidade resvala no poder de investigação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas conferido pelo legislador constituinte à administração tributária, para o pagamento de imposto, com o resguardo, pelo Fisco, das informações obtidas no procedimento administrativo fiscal que, aliás, não está afetado pelo princípio da publicidade. O permissivo apontado encontra-se bem delineado no artigo 145, § 1º, da Carta Magna e no artigo 198 do Código Tributário Nacional.

Frise-se que o artigo 197 do referido diploma obriga, em seu inciso II, que os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras prestem, à autoridade administrativa, todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, sem que seja necessária autorização judicial para tanto. O exercício da autoridade fiscal não pode ficar dependendo, sempre e a cada passo, de permissão judicial para o fornecimento de informações, porquanto é atividade expressamente autorizada em lei.

No mais, o § 5º do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/01 dispõe que as informações obtidas serão conservadas sob sigilo fiscal, não importando ofensa à intimidade.

Por outro lado, ao lançamento, que constitui o crédito tributário, admite-se aplicar a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros, nos termos do artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional. Descabido falar em irretroatividade de norma permissiva da fiscalização pelo Fisco, que não institui ou cria tributos.

Desta forma, não constitui violação a princípios constitucionais e garantias fundamentais a notificação por parte do Fisco para apresentação de dados ou fornecimento de documentos relativos à movimentação bancária. Sobre a questão, transcrevo, a seguir, precedente da E. Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO - POSSIBILIDADE.

1. Preliminar de ausência de pressupostos processuais rejeitada, visto ter sido sanada a irregularidade apontada pela superveniência de documentação comprobatória da representação processual da impetrante.

2. A verificação da regularidade na prestação de informações concernentes ao recolhimento de tributos e contribuições, a partir de dados relativos à movimentação financeira do contribuinte, encontra respaldo no art. 145, § 1º, segunda parte, da Constituição Federal.

3. Ausência de ofensa ao direito à privacidade consagrado constitucionalmente, uma vez resguardado o sigilo fiscal.

4. A atividade fiscalizatória decorre ex vi legis, possuindo a autoridade o dever de sigilo quanto aos dados a que tem acesso, estando, assim, preservada a privacidade do contribuinte, ex vi do artigo 198 do Código Tributário Nacional. (AMS 95.03.091383-7/SP, Rel. Desembargador Federal MAIRAN MAIA, data da decisão: 14/09/2005).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se as partes.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00018 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0012390-11.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.012390-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : ODETE EUZEBIO NAGLIATTI
ADVOGADO : JOAQUIM DE ALMEIDA BAPTISTA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de Ação Ordinária de repetição de indébito interposta por Odete Euzébio Nagliatti em face da União Federal (Fazenda Nacional), objetivando o ressarcimento de valores pagos a título de Empréstimo Compulsório sobre aquisição de veículos, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986.

O MM. Juízo monocrático, ao apreciar o pedido, julgou procedente o pedido para reconhecer ao autor o direito à repetição pleiteada, condenando a União Federal a devolver a quantia recolhida pelo autor a título de empréstimo compulsório de aquisição de veículos automotor, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em

julgado da decisão, correção monetária nos termos da súmula 46 do T.F.R. até o efetivo pagamento, bem como reembolso das despesas pagas, atualizadas monetariamente e honorários advocatícios fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada, apelou a União Federal pugnando pela reforma da r. sentença monocrática, requerendo o reconhecimento da prescrição.

Com as contrarrazões subiram os autos a esta Corte.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o sucinto relatório. Decido.

A matéria aqui tratada foi exaustivamente debatida por este E. Tribunal Regional Federal e pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, não havendo mais que se aprofundar em tal discussão, pois já se encontra pacificada na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, outrossim, declarou a inconstitucionalidade do artigo 10 do Decreto 2288/86, e sua execução ficou suspensa pela Resolução nº 50/95 do Senado Federal.

Nestes termos, trago à baila o v. acórdão proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, datado de 11.10.90 e publicado no DJU em 26.06.92:

"EMENTA: Empréstimo compulsório. (Dl. 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis de passeio, com resgate em cotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade.

1. "Empréstimo compulsório, ainda que compulsório, continua empréstimo" (Victor Nunes Leal): utilizando-se, para definir o instituto de Direito Público, do termo empréstimo, posto que compulsório - obrigação ex lege e não contratual - a Constituição vinculou o legislador à essencialidade da restituição na mesma espécie, seja por força do princípio explícito do artigo 110 do Código Tributário Nacional, seja porque a identidade do objeto das prestações recíprocas é indissociável da significação jurídica e vulgar do vocábulo empregado. Portanto, não é empréstimo compulsório, mas tributo, a imposição de prestação pecuniária para receber, no futuro, quotas do Fundo Nacional do desenvolvimento: conclusão unânime a respeito.

2. Entendimento da minoria, incluído o relator segundo o qual - admitindo-se em tese que a exação questionada, não sendo empréstimo, poderia legitimar-se, quando se caracterizasse imposto restituível de competência da União - no caso, a reputou inválida, porque ora configura tributo reservado ao Estado (ICM), ora inconstitucional, porque discriminatório.

3. Entendimento majoritário, segundo o qual, no caso, não se pode, sequer em tese, cogitar de dar validade, como imposto federal restituível, ao que a lei pretendeu instituir como empréstimo compulsório, porque "não se pode a título de se interpretar uma lei conforme a Constituição, dar-lhe sentido que falseie ou vicie o objetivo legislativo em ponto essencial"; dúvidas, ademais, quanto à subsistência, no sistema constitucional vigente, da possibilidade do imposto restituível.

4. Recurso extraordinário da União, conhecido pela letra b, mas, desprovido: decisão unânime." (RE nº 121.336/CE, Tribunal Pleno do STF).

Com a declaração de inconstitucionalidade da exação pelo Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se na verdade, o ilegal recolhimento do tributo.

Por outro lado, improcede a irrisignação da União Federal, que em suas razões de insurgência, alega que houve a prescrição do direito da parte autora quanto a pleitear a restituição da exação.

Assim sendo, por se tratar a matéria de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para repetição dos valores pagos indevidamente, insere-se na tese dos "cinco mais cinco", ou seja, somente se opera quando decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir da homologação tácita.

Neste sentido é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstra o aresto a seguir transcrito:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. CONSUMO DE COMBUSTÍVEL. DECRETO-LEI N.º 2.288/86. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que o empréstimo compulsório sobre combustíveis é tributo sujeito a lançamento por homologação e o prazo prescricional para a repetição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título só se inicia quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de cinco anos, a contar-se da homologação tácita do lançamento. 2. A eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo STF é irrelevante para a fixação do termo a quo da prescrição da pretensão repetitória do indébito. 3. Agravo regimental não provido."

(STJ - Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, AGRESP nº 850026, julg. 03/02/2009, Publ. 17/02/2009).

Ademais, o jurisdicionado não pode arcar com o ônus da lentidão do Poder Judiciário, ao passo que a demanda inicial, que originou estes autos, tramitou em Primeira Instância e nesta Corte desde 04 de outubro de 1.991.

Em conclusão, reconheço que não ocorreu a prescrição e analiso o mérito propriamente dito.

A parte autora comprova inequivocamente que repassou aos cofres públicos os valores indevidos referentes ao empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos automotores através da Guia DARF, fazendo jus à restituição, nos termos do artigo 165, do Código Tributário Nacional.

Os juros de mora, a correção monetária e os honorários advocatícios ficam mantidos conforme decisão monocrática.

Isto posto, nos termos do artigo 557, do CPC, meu voto nega seguimento ao recurso e à remessa oficial.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00019 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0019290-10.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.019290-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : BASTIEN COML/ LTDA
ADVOGADO : MARIA TEREZA DE JESUS PAULO CAPELO e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária por meio do qual o contribuinte objetiva garantir o direito de recolher a COFINS, na forma da LC 70/91, ou seja, 2% sobre o faturamento, afastando-se a base de cálculo e alíquota disciplinada na Lei 9.718/98. O MM. Juízo "a quo" houve por bem julgar parcialmente procedente o pedido para fim de reconhecer o direito da autora de recolher a COFINS, com a base de cálculo da LC 70/91, em razão de seu inconstitucional alargamento pela Lei 9.718/98, até o advento da nova lei regulamentadora.

Sucumbência recíproca.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em sede de apelação, o autor tece considerações a respeito da inconstitucionalidade do aumento da alíquota da COFINS na forma da Lei 9.718/98, além de pleitear a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Por sua vez, a União Federal pugna pela constitucionalidade da base de cálculo da exação na forma da mencionada lei. É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

De início, cabe destacar a inadmissibilidade de parte do apelo do Autor, pois o pedido contido às fls. 19, ao qual se confere interpretação restritiva, a teor do art. 293 do CPC, não contempla a compensação, de sorte que o apelo, neste ponto, inova em sede recursal, hipótese vedada pelo sistema processual em vigor.

Outrossim, deixo de reanalisar a remessa oficial, uma vez que a matéria tratada nos autos já foi submetida ao crivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 475, § 3º, do CPC.

Ademais, tenho que o mencionado dispositivo não exige que todas as questões apreciadas pela sentença sejam objeto de julgamento pelo Pretório Excelso, de súmula daquele Tribunal ou de outro Tribunal Superior.

Para o não-conhecimento do reexame necessário, a teor do art. 475, § 3º, do CPC, basta que a jurisprudência ou súmula seja aquela que cuide do cerne da controvérsia. Nesse sentido, a jurisprudência o E. STJ:

PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA POR INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE DE TRIBUNAL SUPERIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 475, § 3º, DO CPC.

1. A Lei 10.352/2001 acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC, dispensando o reexame necessário "quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do **plenário** do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente". Trata-se de oportuna e elogiável alteração do sistema processual, que, reconhecendo e privilegiando a força dos precedentes dos tribunais superiores, confere maior efetividade às decisões judiciais de primeiro grau, abreviando, assim, o desfecho do processo.

2. Não se pode dar interpretação rígida à norma do art. 475, § 3º, do CPC, a ponto de exigir, para sua aplicação, que haja súmula ou jurisprudência sobre cada um dos pontos enfrentados na sentença, sejam eles principais ou acessórios, importantes ou secundários. Se assim fosse, o dispositivo seria letra morta. A jurisprudência ou a súmula do tribunal superior que, invocada na sentença, dispensa o reexame necessário, há de ser entendida como aquela que diga respeito aos aspectos principais da lide, às questões centrais decididas, e não aos seus aspectos secundários e acessórios.

3. No caso dos autos, todavia, foi o contrário o que ocorreu: os precedentes invocados dizem respeito a questões secundárias, e não ao cerne da controvérsia posta, razão pela qual o reexame necessário

da sentença não ficou dispensado.

4. Recurso especial provido.

REsp 572890 / SC

RECURSO ESPECIAL 2003/0114025-5

Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data do julgamento: 04/05/2004

Data da publicação/fonte: DJ 24/05/2004 p. 190 REVPRO vol. 121 p. 244

Deste modo, passo ao exame do mérito, cabendo ressaltar que, conquanto o veículo utilizado (lei ordinária) para regulamentar a COFINS seja compatível com a Carta Constitucional, o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 por vício material, uma vez que a Emenda Constitucional nº 20/98 não teve o condão de convalidar os ditames legais acima mencionados, porquanto surgiu em desarmonia com o Texto Constitucional que à época vigorava.

Eis o teor do julgamento que ora se adota como paradigma:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

(RE 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170)

Por outro lado, quanto à majoração da alíquota da COFINS, não há ofensa ao princípio da isonomia, pois nos termos do artigo 8º, da Lei nº 9.718/98 poderão as empresas compensar o que recolherem além de 2% com os valores devidos a título de contribuição social sobre o lucro - CSSL.

Assim, quem auferir lucro poderá compensar, diminuindo a sua carga tributária, eis que seriam maiores os valores devidos a título de CSSL. Por outro lado, os contribuintes que apresentarem prejuízo ou que não tiverem lucro, estando facticamente em situação de desvantagem, não recolhem a CSSL com o contraponto de não poderem compensar o valor recolhido como COFINS acima de 2%. Vê-se que não há, portanto, tratamento diferenciado, mas norma objetiva, genérica e abstrata.

A respeito do assunto já se manifestou o E. Supremo Tribunal Federal, conforme o aresto que segue:

TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 8.º E § 1.º DA LEI N.º 9.718/98. ALÍQUOTA MAJORADA DE 2% PARA 3% COMPENSAÇÃO DE ATÉ UM TERÇO COM A CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL, QUANDO O CONTRIBUINTE REGISTRAR LUCRO NO EXERCÍCIO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Por efeito da referida norma, o contribuinte sujeito a ambas as contribuições foi contemplado com uma bonificação representada pelo direito a ver abatido, no pagamento da segunda (COFINS), até um terço do quantum devido, atenuando-se, por esse modo, a carga tributária resultante da dupla tributação. Diversidade entre tal situação e a do contribuinte tributado unicamente pela COFINS, a qual se revela suficiente para justificar o tratamento diferenciado, não havendo que falar, pois, de ofensa ao princípio da isonomia. Não conhecimento do recurso. (RE nº 336134-1 - RS; Relator: Ministro Ilmar Galvão).

Além do mais, na data de 09/11/2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 357.950, Relator Ministro Marco Aurélio, declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade do artigo 8º, da Lei nº 9.718/98, que trata da alíquota da COFINS.

Desse modo, é de se considerar inconstitucional o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o recolhimento da COFINS deveria ser feito considerando o conceito de base de cálculo - faturamento - de que trata o 2º, "caput", da Lei Complementar nº 70/91.

Isto posto, nego seguimento às apelações e à remessa oficial, seja por conta da manifesta inadmissibilidade, seja pelo confronto de suas razões com a jurisprudência unânime E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, tudo na forma do art. 557, caput, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013957-65.2003.4.03.6104/SP
2003.61.04.013957-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : LUIZ FERNANDO GARCIA CHAVES e outros
: ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
: JOAO FRANCISCO DE OLIVEIRA SANTOS
: JOAO PAULO LAMIM BRUM
: GIOVANI PETRAGLIA FILHO
: SERGIO ATZ DE VILHENA MORAES
: JOSE CARLOS MAGALHAES
: MARIO KUSSUNOKI
: ANTONIO GURGEL GENTIL
: JOSE AUGUSTO CABRAL
ADVOGADO : MARCELO DA SILVA PRADO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelos autores contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando a restituição do imposto de renda retido na fonte sobre as verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria, decorrente do desligamento dos autores da ex-empregadora.

Em suas razões recursais, requerem os apelantes a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que o benefício decorrente das contribuições do empregador a entidade de previdência privada não tem caráter indenizatório, pois o seu pagamento ao empregado decorre de plano previdenciário que não teria sido contratado no momento da demissão do empregado, mas apenas e tão-somente visando à formação de reservas para se assegurar benefícios monetários nos casos especificados no estatuto da entidade, conforme normas legais aplicáveis.

Cuida-se de plano anteriormente traçado, a fim de se garantir ao empregado o recebimento de montante que se calcula necessário a garantir-lhe certa estabilidade econômica em se completando as condições pactuadas. Não se confunde com mera liberalidade, cujo "quantum" estaria ao livre arbítrio do empregador.

Com efeito, a Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos por pessoas físicas de entidades de previdência privada relativamente ao valor cujo ônus tenha sido do participante.

Por outro lado, o artigo 32 da Lei nº 9.250/95 consagrou a isenção do imposto de renda relativamente aos rendimentos percebidos por pessoas físicas atinentes aos seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante, o que não se verifica nestes autos.

Frise-se, ainda, que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes eram isentas do imposto de renda, tudo de acordo com o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88, sendo certo que quando do resgate de referidas contribuições incidia a exação em comento, conforme preconizado no artigo 31 de mencionada lei, bem como no artigo 33 da Lei nº 9.250/95.

Ou seja, se não incidiu o imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelo empregador ao plano de previdência privada, nada mais justo a incidência da exação quando de seu resgate.

Acerca do assunto, inclusive afastando a tese de que o "Benefício Diferido por Desligamento" possua caráter indenizatório, integrando o contrato de trabalho, anoto a seguinte orientação jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO - INDENIZAÇÃO ESPECIAL PAGA POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR - INCIDÊNCIA.

1. Quanto à gratificação por liberalidade da empresa - que ora denomina-se "benefício diferido por desligamento" -, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, sem justa causa, a título de indenização especial, a Primeira Seção dirimiu a controvérsia afirmando, por maioria, a natureza não-indenizatória da referida gratificação, e, conseqüentemente, passível da incidência do imposto de renda. Precedentes.

2. Não procede a alegação de que existe precedente divergente, pois entendimento isolado trazido pelo recorrente não pode suplantiar o entendimento pacificado desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 824.250/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008)

Assim também já decidiu a Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. VERBAS ORIUNDAS DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO. VALORES ORIGINÁRIOS DO PATROCINADOR. INCIDÊNCIA.

1. Sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, é cabível o mandado de segurança.
2. Não há que se falar em ausência de documentação para instruir o processo, já que o extrato da entidade de previdência privada referente às verbas recebidas pelo impetrante, colacionado aos autos, é instrumento hábil e suficiente ao deslinde da questão.
3. A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, reguladora do Regime de Previdência Complementar, prevê a isenção do imposto de renda para as contribuições vertidas pelo empregador (patrocinador), sobre as quais não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (art. 69, caput e § 1º). Todavia, quando do resgate das contribuições pelo beneficiário, sujeitam-se à tributação os valores recolhidos pelo patrocinador.
4. O art. 68 da Lei Complementar nº 109/01 dispõe que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.
5. Os valores resgatados por se tratarem de benefício previdenciário não possuem caráter indenizatório, vez que, configuram acréscimo patrimonial ou aquisição de renda, e, desse modo, subsumem-se à hipótese de incidência do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do CTN, ainda que pagas quando da rescisão do contrato de trabalho.
6. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas.
(AMS 2001.61.00.001407-7, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, DJU 22/03/2005)

Nesse sentido, importa ressaltar o disposto no art. 68, da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que preceitua que as contribuições do empregador a planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes.

É de se sustentar, com espeque no artigo 68 da supracitada lei, que a existência de plano de benefício previdenciário complementar não guarda relação direta com a perda do vínculo empregatício ou com a existência de "campanhas" destinadas ao incentivo à demissão, uma vez que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Pode-se afirmar, portanto, que o pagamento do benefício não visa, essencialmente, à compensação pela perda do emprego. Pelo contrário, a natureza é previdenciária e como tal há que ser tributado pelo imposto incidente sobre a renda.

Constata-se, pois, que houve acréscimo patrimonial, o qual faz nascer a obrigação tributária. Nem poderia ser diferente, sob pena de se alargar o conceito de indenização, abarcando as mais diversas situações fáticas.

Nesse sentido, nenhum valor recebido de instituição de previdência, pública ou privada, estaria sujeito à tributação.

Por outro lado, reporto-me ao art. 202, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe no mesmo sentido do aludido art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001, supra mencionado.

Ante o exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **nego seguimento** à apelação dos autores, nos termos do caput do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00021 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0011664-22.2003.4.03.6105/SP
2003.61.05.011664-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : NORBERTO BARBOSA ZANOTTA
ADVOGADO : DANIELA COSTA ZANOTTA
SUCEDIDO : DIRCE COSTA ZANOTTA falecido
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e remessa oficial submetida em face de sentença que julgou procedente o pedido, em ação declaratória, para reconhecer o direito do autor de não sofrer desconto do Imposto de Renda sobre sua folha de pagamento salarial, com fundamento na isenção prevista no inciso XIV do artigo 6º da Lei nº 7.713/88.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que a legislação que concede isenção tributária não admite interpretação ampla ou analógica, e que a isenção do IR por motivo de moléstia grave é dirigida somente aos aposentados e pensionistas.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

Segundo dispõe o artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88, com a redação dada pela Lei nº 11.052/04:

Art. 6º: "Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV- os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma."

Por seu turno, o artigo 30 da Lei nº 9.250/95 estabelece que a moléstia deve ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Consoante se depreende dos autos, o autor (falecido no curso dos autos) era portador de cardiopatia grave, mas não estava aposentado na época do ajuizamento da ação, pois se encontrava formalmente na ativa, no cargo de professor. Assim, não faz jus à isenção, que somente alcança os proventos percebidos pelos aposentados (inciso XIV) e pensionistas (inciso XXI).

Ressalte-se que devem ser interpretadas literalmente as normas que disponham sobre outorga de isenção, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional.

A propósito, trago à colação julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.

2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (numerus clausus), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas.

3. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002.

Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006)

4. In casu, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1116620/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 25/08/2010)

Ante o exposto, com base no precedente acima transcrito, **dou provimento** à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, para julgar improcedente o pedido e, em razão da inversão dos ônus

da sucumbência, condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC e precedentes da Sexta Turma desta Corte. Autorizo a conversão dos depósitos judiciais em renda da União, após o trânsito em julgado desta decisão. Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008452-48.2003.4.03.6119/SP
2003.61.19.008452-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : CERAMICA E VELAS DE IGNICAO NGK DO BRASIL S/A
ADVOGADO : JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança no qual se postula o direito de escriturar os crédito presumido do IPI decorrente da aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem não-tributados, incluindo-se os isentos, e sujeitos à alíquota zero utilizados na industrializados dos produtos do impetrante, acrescidos de taxa SELIC. O MM. Juízo "a quo" concedeu parcialmente a segurança para reconhecer a possibilidade de utilização de créditos tributários relativos à aquisição de insumos e quaisquer bens isentos utilizados na confecção de produtos industrializados pela impetrante, ressalvada a impossibilidade de igual direito quanto à compra de bens isentos para serem utilizados como ativo fixo.

Em sede de apelação, o impetrante pugna pela inclusão da taxa SELIC e possibilidade de creditamento da exação em relação aos insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

Com o acolhimento dos embargos de declaração ofertados pela União Federa, a decisão impugnada restou alterada para o fim de aplicar o art. 170-A do CTN.

Novamente, apela, o impetrante, repisando todos os argumentos ventilados na primeira irresignação.

No recurso de apelação, a União Federal pleiteia a reversão do julgado na parte em que restou sucumbente.

O MPF, em seu parecer, opina pelo improvimento do apelo do Impetrante e acolhimento das razões recursais da União Federal e da remessa oficial.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais de Superposição.

Nessa ordem de ideias, é de rigor considerar interposta a remessa oficial, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 1533/51, reproduzida na Lei 12016/09.

Por outro lado, a admissão da segunda apelação do impetrante esbarra na preclusão consumativa, já que não ataca o capítulo da r. sentença acrescido pela decisão que acolheu os embargos de declaração, reportando-se tão somente aos fundamentos lançados no primeiro recurso.

Desse modo, passo ao exame do mérito.

Com efeito, o IPI tem como fundamento constitucional o art. 153, IV, da Carta Política, cuja competência para instituição é da União Federal.

Dentre as características da exação em comento estão a seletividade, em função da essencialidade do produto e sua não-cumulatividade.

Com supedâneo neste panorama constitucional, muitos contribuintes vêm discutindo a possibilidade de creditamento do IPI em operações posteriores quando as precedentes são albergadas por isenções, alíquota zero ou mesmo não-incidência.

Portanto, o deslinde da questão cinge-se em saber se o não creditamento do IPI viola o Princípio constitucional da não-cumulatividade.

Referido preceito geral dá direito ao contribuinte de creditar-se do valor do imposto pago pelo fornecedor na etapa subsequente do elo produtivo, recolhendo apenas a diferença apurada.

Seu objetivo é impedir a incidência do tributo em "cascata", de maneira que o consumidor suporte somente a alíquota final.

A *contrario sensu*, o cânone constitucional veda a cumulatividade no elo produtivo.

Pois bem, diante dessas considerações, deflui-se de maneira singela a asserção segundo a qual o contribuinte, após a incidência de benefício (não tributação, alíquota zero e não-incidência), não está sofrendo tributação cumulativa mas apenas sendo onerado pelo tributo que incide originariamente em seu produto.

Ademais, somente pode ser compensado o que efetivamente foi cobrado, razão pela qual não se pode resgatar aquilo que não foi recolhido na operação anterior.

Logo, nota-se que a não-tributação, isenção e não-incidência são institutos cujo beneficiário é apenas o produtor. Neste particular, elucidativo é o excerto do voto do Ministro Ilmar Galvão aglutinado ao Recurso Extraordinário, paradigma da matéria em questão (RE 370.682/SC), o qual a seguir transcrevo:

"De concluir, portanto, que a isenção, alíquota zero ou não-tributação, com que é contemplada a matéria-prima, não é instituída com o fito de beneficiar diretamente o adquirente do produto fabricado, mas tão-somente o produtor, com a exoneração do desembolso provisório do tributo sobre ela devido.

Na verdade, quando o propósito é beneficiar o adquirente do produto saído da fábrica, o que faz o Governo é reduzir a respectiva alíquota, como fez, recentemente, como os carros populares. De outra parte, nada impede que o legislador venha a beneficiar o fabricante com a concessão do crédito presumido, havendo de fazê-lo, entretanto, por lei específica ou que regule o favor fiscal ou o tributo, na conformidade da previsão contida no § 6º do art. 150 da CF. Trata-se de lei que, obviamente, há de estabelecer, no mínimo, a alíquota a ser aplicada no cálculo do crédito, elemento que, em absoluto, não pode ficar a critério do julgador, como assentado no precedente."

A propósito, como bem salientado acima pelo Ministro supracitado, a CF/88 é peremptória no sentido de impedir a concessão de crédito presumido não autorizado por lei específica, desde o advento da EC 03/93.

Ainda sob essa ótica, o Poder Judiciário, em caso de emanar decisão favorável à tese do contribuinte, atuaria como legislador positivo na medida em que teria que determinar a alíquota incidente sobre a operação economicamente não onerada, o que, à toda evidência, ofenderia o Princípio da Tripartição dos Poderes.

No mesmo diapasão, estão os demais precedentes do Pretório Excelso:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CRÉDITO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. INAPLICABILIDADE. 1. A expressão utilizada pelo constituinte originário --- montante "cobrado" na operação anterior --- afasta a possibilidade de admitir-se o crédito de IPI nas operações de que se trata, visto que nada teria sido "cobrado" na operação de entrada de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 2. O Supremo entendeu não ser aplicável ao caso a limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 372005 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-06 PP-01268 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 192-197)

Ademais, a Lei 9.779/99 trouxe, tão-somente, novo benefício fiscal, sem nenhuma alusão ao Princípio da não-cumulatividade, quando autorizou o creditamento, com eficácia a partir de 01.01.1999, pois é resultado de conversão da medida provisória nº 1.788 de 29.12.1.998 e, por força do princípio da anterioridade, não pode ser aplicada retroativamente nem ter sua interpretação alargada, consoante jurisprudência recente do E. STF, conforme as ementas a seguir transcritas:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE IPI ANTERIORES À LEI 9.779/99. ENTRADA DE INSUMOS. PRODUTO FINAL ISENTO OU SUJEITO À ALÍQUOTA ZERO. MATÉRIA PACIFICADA NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Somente depois da entrada em vigor da Lei 9.779/99 se tornou possível a compensação de créditos de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) pagos na entrada de insumos, quando o produto final for isento do tributo ou sujeito a alíquota zero, conforme decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 06.5.2009, nos Recursos Extraordinários 460.785/RS, 562.980/SC e 475.551/PR, rel. Min. Marco Aurélio. 2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para dar provimento ao agravo regimental da União e reconsiderar a decisão agravada. 3. Provimento ao recurso extraordinário da União.

(RE 371898 AgR-ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-02 PP-00250)

IPI - CREDITAMENTO - ISENÇÃO - OPERAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 9.779/99. A ficção jurídica prevista no artigo 11 da Lei nº 9.779/99 não alcança situação reveladora de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI que a antecedeu.

(RE 562980, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-03 PP-00626)

Assim, considerando que a situação fática não se subsume ao preceito legal, não há direito ao creditamento do IPI, mesmo após a Lei 9.779/99.

Prejudicas as questões a respeito do creditamento e seus consectários.

Isto posto, nego seguimento às apelações ofertadas do autor, seja pela manifesta inadmissibilidade quanto ao segundo apelo, seja por conta da contrariedade de suas razões com jurisprudência unânime do STF no caso do primeiro recurso ofertado. No mais, dou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, tida por interposta, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00023 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016904-37.2004.4.03.0000/SP

2004.03.00.016904-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA

AGRAVANTE : BAYER S/A e outros

: BAYER AKTIENGESELLSCHAFT

: BAYER POLYMERS LLC

: BAYER ANTWERPEN NV

ADVOGADO : XAVIER TORRES VOUGA

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

No. ORIG. : 2004.61.00.002470-9 13 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que, em ação declaratória, acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos para deferir a suspensão do processo administrativo MDIC/SECEX-RJ 52100.012428/2003-21, na parte que trata da revisão dos direitos antidumping, e determinou o prosseguimento "apenas quanto à investigação, até a decisão final do feito" (fls. 2738/2739).

Para elucidação dos fatos ocorridos, mister aduzir que pretendem as agravantes no feito de origem "de modo cumulativo, tanto a suspensão da exigibilidade do pagamento do direito antidumping" relativo ao procedimento administrativo n.º MDIC/SAA/CGSG-52100-000007/98-84, "objeto da Portaria n.º 11, como a suspensão do atual procedimento administrativo, que tem como objeto a revisão do direito antidumping" (fl. 2691), qual seja, o de n.º MDIC/SECEX-RJ 52100.012428/2003-21.

Inicialmente, a liminar foi deferida em parte tão-somente "para o fim de suspender a imposição do direito antidumping, atribuído às autoras, desobrigando-as do recolhimento da sobretarifa estabelecida na Portaria Interministerial n.º 11, de 22 de julho de 1999, até a decisão final do presente feito", indeferido o pedido de suspensão do procedimento de revisão.

Por tal razão foram opostos embargos de declaração acolhidos para o fim de "conceder também a suspensão do procedimento de revisão (...), devendo prosseguir o Processo n.º MDIC/SECEX-RJ 52100.012428/2003-21, apenas quanto à investigação, até decisão final do feito" (fl. 2739).

Após a apreciação do pedido de efeito suspensivo pelo relator, bem assim a interposição de agravo regimental, insurgiu-se a agravante nos presentes autos com vistas a informar a extinção do Processo MDIC/SECEX-RJ 52100.012428/2003-21. Nesse sentido alega que "os pedidos relacionados a esse Processo Administrativo, formulados pela BAYER na Ação Condenatória movida contra a União Federal, de onde tirado o presente Agravo, restam prejudicados, haja vista terem perdido seu objeto" (fl. 3200).

Na mesma oportunidade, sustentou a agravante subsistir o interesse no julgamento do recurso "na parte em que pleiteia o reconhecimento da inexigibilidade de toda e qualquer cobrança à BAYER de direito antidumping".

Ora, ainda que tenha o Juízo *a quo* afastado a alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º 9.015/95, a liminar foi deferida por outro fundamento, com vista a determinar a suspensão da imposição do direito antidumping atribuído às autoras, limitando-se a insurgência considerada no presente feito à suspensão ou não do mencionado processo de revisão, agora já extinto, consoante manifestação da própria agravante.

Dessarte, constata-se a ausência superveniente de interesse recursal, razão pela qual julgo prejudicado o agravo de instrumento, negando-lhe seguimento, com fundamento no art. 557 *caput* do Código de Processo Civil c.c. art. 33, XII, do Regimento Interno.

Decorrido o prazo legal, encaminhem-se os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Santoro Facchini
Juiz Federal Convocado

00024 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0014288-35.1998.4.03.6100/SP
2004.03.99.031655-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : PERICIA ADMINISTRACAO E CORRETAGEM DE SEGUROS E DE
PREVIDENCIA PRIVADA S/C LTDA
ADVOGADO : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 98.00.14288-6 15 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de ação ordinária por meio do qual contribuintes, instituições financeiras, objetivam proceder a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária no que tange à diferença de alíquota da CSSL existente entre empresas financeiras e as demais, de modo que seja reconhecido o direito de recolherem a exação mediante aplicação da alíquota reduzida, compensando-se os valores já recolhidos no interregno entre 1993 e agosto de 1997, acrescidos de juros e correção monetária plena, com parcelas vincendas da mesma exação e COFINS, na forma do art. 66 da Lei 8.383/91.

O Juízo de origem, ao proferir sentença, entendeu por bem julgar procedente o pedido contido nas ações, principal e cautelar, para o fim de reconhecer a inconstitucionalidade das disposições que majoraram as alíquotas da CSSL e, por via de consequência, reconheceu o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos e comprovados nos autos, com os valores da CSSL e da COFINS, acrescidos de juros moratórios de 1% até de dezembro de 1995 e, após, taxa SELIC mais atualização monetária. Reexame necessário.

Honorários fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Embargos ofertados pelos autores acolhidos apenas para acrescer na fundamentação a impossibilidade de inclusão dos expurgos de julho e agosto de 1994.

De igual a r. sentença por conta da oposição de embargos pela União Federal apenas para consignar que a compensação a parcial procedência do pedido.

Em sede de apelação, União Federal pugna pela reversão do julgado.

Em contrapartida, a autor, em seu recurso, almeja incluir os expurgos inflacionários na correção dos valores sujeitos à compensação.

Posteriormente, foi requerida a renúncia ao direito sobre o qual se funda ação em relação a um litisconsórcio ativo, prosseguindo-se o feito em relação aos demais.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Nessa ordem de ideias, constato que não há tratamento anti-isonômico consistente na diferenciação entre alíquotas da CSSL, notadamente no aumento da tributação em relação às instituições financeiras cuja capacidade contributiva sobrepuja-se em relação aos demais setores da atividade econômica.

Dessa forma, não há que se falar em desigualdade já que este ramo de atividade, dotado de regime jurídico próprio e capacidade contributiva assaz diferenciada, dispõe de peculiaridades aptas a embasar o tratamento dispare que lhes é atribuído, restando atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Aliás, estes preceitos de alto grau de abstração impõem aos atos normativos adequação aos fins a que se destinam, de tal modo que condicionam e limitam o alcance da atividade legiferante quando institui tratamentos diferenciados ao argumento de efetivação do princípio da isonomia em sua acepção material.

Dessarte, sopesando-se os princípios constitucionais em comento, não se vislumbra inconstitucionalidade alguma no tratamento diferenciado em relação setores econômicos em cotejo.

Ademais, a própria Constituição, especialmente em relação às contribuições sociais, faculta ao legislador a possibilidade de instituir alíquotas de base de cálculos diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra (art. 195, § 9º).

Não é outro o entendimento da jurisprudência desta E. Sexta Turma e de outras Cortes Regionais, conforme aresto a seguir transcrito:

TRIBUTÁRIO - CSSL - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ALÍQUOTA DIFERENCIADA - LEI Nº 9.249/95 - EC 10/96 - AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ANTERIORIDADE NONAGESIMAL

1. A constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro prevista no artigo 1o da Lei 7.689/88 foi expressamente reconhecida pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE 146.733-9/SP, de relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso.
2. A majoração da alíquota da CSSL combatida pelo impetrante veio prevista primeiro pelo artigo 11 da Lei Complementar 70/91 (23%) e depois pelo inciso III do artigo 72 do ADCT por força da Emenda Constitucional de Revisão n.01 (30%), tendo sua aplicação a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores à sua promulgação (ocorrida em 01 de março de 1.994). A Emenda Constitucional n.10/96 fixou-a em 30% e a Lei 9.316/96 reduziu-a para 18% a partir de janeiro de 1.997.
3. A Emenda Constitucional 10/96 não acarretou a prorrogação da contribuição prevista na emenda constitucional de revisão n.01/94, que já se encontrava extinta pelo decurso do tempo. Contudo, inviável a aplicação de seus efeitos de forma retroativa para 01.01.96, devendo ser observada a anterioridade nonagesimal, prevista no parágrafo 1o do artigo 72 do ADCT, razão pela qual vigorou a partir de 01.07.96.
4. Nesse sentido, vigorou, após o prazo fixado na Emenda Constitucional de Revisão 01/94, a alíquota de 18% prevista na Lei 9.249/95 a partir de janeiro de 1.996, até a entrada em vigor da norma prevista na EC 10/96, a partir de 01.07.96.
5. O princípio da isonomia previsto no inciso II do artigo 150 da CF veda a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida a distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida. Conclui-se, portanto, que há possibilidade de tratamento diferenciado quando a tributação envolve pessoas que gozam de situação particularizada e se sujeitam a regime jurídico específico, como as instituições financeiras.

6. Precedentes desta Corte Regional

Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 191446

Processo: 1999.03.99.058590-0 UF: SP

Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Data do Julgamento: 06/11/2008

Fonte: DJF3 DATA:05/12/2008 PÁGINA: 759

Relator: JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO

Por fim, imperioso salientar que o STF já teve oportunidade de rechaçar idêntico pleito, ao argumento de que o Poder Judiciário, em caso de emanar decisão favorável à tese do contribuinte, atuaria como legislador positivo na medida em que requer a extensão do benefício a contribuintes não contemplados pela ordem jurídica posta, sob o pálio da isonomia, o que ofenderia, por conseguinte, o Princípio da repartição dos Poderes.

À guisa de ilustração, segue abaixo a ementa que bem representa a controvérsia ora suscitada:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS.

EXTENSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. O acolhimento da postulação da autora --- extensão do tratamento tributário diferenciado concedido às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de carros usados, a título do PIS/PASEP e da COFINS --- implicaria converter-se o STF em legislador positivo. Isso porque se pretende, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigindo eventual tratamento adverso à isonomia, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a universo de destinatários nele não contemplados. Precedentes. Agravo regimental não provido. (RE 402748 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-07 PP-01364)

Também não se sustenta a tese segundo a qual as Emendas Constitucionais 01/94 e 10/96 dependem de regulamentação para instituição da CSSL, caracterizando-as como normas de eficácia limitada.

Os contornos necessários para eclosão do fator gerador estão suficientemente dispostos nas próprias emendas que os instituíram, de tal modo que gozam de plena eficácia, tornando despicie de regras infraconstitucionais com o escopo de regulamentá-las. Nesse sentido a jurisprudência desta E. Corte:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSSL - NATUREZA JURÍDICA - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ATÉ A EMENDA CONSTITUCIONAL DE REVISÃO Nº 01/94 - E EMENDA CONSTITUCIONAL 10/96 - PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I - A declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a solução de uma demanda em que se sustenta violação a direito subjetivo ao fundamento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, uma vez que seus efeitos estão restritos às partes litigantes, possuindo procedimento específico, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa ao disposto nos artigos 97 da Constituição Federal de 1988 e 481 do Código de Processo Civil.

II - A contribuição social sobre o lucro, originária da Lei nº 7.689/88 e posteriores alterações, foi prevista pelo atual regime constitucional com natureza previdenciária (art. 195, I, da CF/88), sem exigência de espécie normativa diferenciada para sua regulação, portanto, podendo haver sua regulação por lei ordinária. A sua posterior destinação, provisória e em parte (quanto a contribuição devida pelos contribuintes a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 - instituições financeiras e equiparadas), ao Fundo Social de Emergência - FSE criado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º.03.1994 (ao acrescentar os artigos 71 a 73 ao ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e "prorrogado" pela Emenda Constitucional nº 10, de 04.03.1996 (DOU DE 7/3/96), não

alterou a sua natureza jurídica porque continuou a ter destinação, através deste FSE, ao custeio do sistema de seguridade social, não se havendo que falar que teria se transformado em um imposto a dever obediência a regra do art. 154, I, da CF/88, por outro lado também não havendo óbice constitucional a que emendas constitucionais estabeleçam regras tributárias transitórias, tal como esta em exame, dotadas de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, posto não dependentes de qualquer regulamentação infraconstitucional.

III - O Poder Constituinte Derivado ou Instituído (inclui-se aqui o de revisão, estabelecido pelo próprio constituinte originário), somente pode atuar dentro do campo delimitado pelo Poder Constituinte Originário, portanto, devendo obediência às limitações temporais, circunstanciais e materiais, estas últimas consubstanciadas expressamente no artigo 60, § 4º, da CF/88, assim devendo obediência ao inciso IV - direitos e garantias individuais, no âmbito do qual se encontra o Estatuto dos Contribuintes ou limites constitucionais ao poder de tributar, notadamente aos princípios constitucionais da tributação da estrita legalidade, da irretroatividade e da anterioridade da tributação (ou anterioridade mitigada), previstos respectivamente no artigo 150, inciso I, inciso III, alínea "a", e inciso III, alínea "b" (ou artigo 195, § 6º, da CF/88), cuja violação importa em inconstitucionalidade. (Precedente do E. STF: ADIn nº 939, ao tratar do IPMF).

IV - As instituições financeiras e aquelas que lhe estão equiparadas, descritas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, sendo notório que, pelo sistema econômico brasileiro e pelas condições de sua atuação no mercado, são as que percebem os maiores lucros e detém maior capacidade econômica, assim analisando num aspecto puramente objetivo e genérico, sendo irrelevante a sua condição no aspecto individual, por isso justificando-se o tratamento diferenciado a elas dispensado pela legislação da CSSL, desde a sua criação pela Lei nº 7.689/88 até a Emenda Constitucional de Revisão nº 01/94, não havendo ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva. Precedentes dos TRF's das 2ª, 3ª, 4ª, e 5ª Regiões.

V - Tratando-se de contribuições sociais afetas ao sistema da seguridade social, como é o caso da CSSL, regem-se pelo princípio da solidariedade social (art. 195, caput), sem necessidade de algum especial benefício recebido pelos contribuintes ou pelos seus empregados como uma contrapartida da contribuição mais gravosa, ou que deveria haver maior encargo para a Seguridade Social. VI - Parcial provimento à apelação, apenas para adentrar ao mérito e, nos termos do artigo 515, § 3º do CPC, julgar improcedente a ação, mantida a verba de sucumbência fixada na sentença.

Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Classe : AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1235522

Processo: 2007.03.99.039885-0

UF: SP

Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 22/01/2009

Fonte: DJF3 CJ2 DATA:03/02/2009 PÁGINA: 245

Relator: JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO

Desse modo, inverte o ônus da sucumbência pelo que deverá a parte autora arcar com custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído á causa.

Isto posto, em face da posição pacífica do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, dou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, bem como nego seguimento ao apelo dos autores, ante a sua manifesta prejudicialidade, nos termos do caput do mesmo dispositivo legal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00025 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0004722-61.2004.4.03.6000/MS

2004.60.00.004722-7/MS

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
PARTE AUTORA : ARLEY AUXILIADORA ALVES DA CUNHA MACHADO e outros
: MONICA DOS SANTOS
: SUELY YUKIE MORIMOTO ALMEIDA
ADVOGADO : JULIA CESARINA TOLEDO e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPO GRANDE Sec Jud MS

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a ordem em mandado de segurança, afastando a incidência do imposto de renda sobre verbas relativas à indenização por direito trabalhistas (licença prêmio, abono de férias não gozadas e ausências permitidas ao trabalho para trato de interesse particular - APIP).

É o relatório. Decido.

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de licença prêmio, abono de férias não gozadas e ausências permitidas ao trabalho para trato de interesse particular - APIP.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda não incide sobre verbas indenizatórias relativas ao abono pecuniário de férias, e sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seu respectivo adicional. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. Não incide Imposto de Renda sobre valores recebidos a título de abono pecuniário de férias, por ter caráter indenizatório e não constituir acréscimo patrimonial. Precedentes do STJ.

2. No que tange ao termo inicial dos juros de mora, inexistente interesse recursal, uma vez que a decisão agravada, consoante jurisprudência do STJ, consignou que esses incidem a partir do trânsito em julgado da sentença, no percentual de 1% ao mês (arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN).

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no REsp 595.643/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 24.3.2009.)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas: a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade

provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;

b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;

c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;

d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."
(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)
Isto posto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e Súmula nº 253 do STJ, nego seguimento à remessa oficial.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00026 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006309-12.2004.4.03.6100/SP
2004.61.00.006309-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
SOCIALCOOP COOPERATIVA DE TRABALHO DE PROFISSIONAIS DA AREA
APELANTE : DE ADMINISTRACAO EM GERAL INFORMATICA VENDAS TELEMARKETING
E COMUNICACAO
ADVOGADO : BENEDICTO CELSO BENICIO e outro
: JAIME LEANDRO XIMENES RODRIGUES
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por SOCIALCOOP - COOPERATIVA DE TRABALHO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO EM GERAL, INFORMÁTICA, VENDAS, TELEMARKETING E COMUNICAÇÃO em face da DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO/SP objetivando assegurar direito líquido e certo de não sofrer a retenção do PIS, COFINS e da CSSL a que se refere o art. 30 da Lei 10.833/03.

O MM. Juízo de origem concedeu parcialmente a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir a COFINS na forma prevista na Lei 10.833/03 apenas nos meses de janeiro a março de 2004, período em que referida contribuição deve ser recolhida segundo a legislação em vigor antes da referida lei.

Posteriormente, o dispositivo do julgado restou retificado por meio de embargos de declaração para constar a impossibilidade de retenção de PIS e CSSL no período entre janeiro a março de 2004.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em grau de apelação, o Impetrante e a União Federal pugnam pela reversão do julgado na parte em que restaram sucumbentes.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pela manutenção da sentença.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Nessa ordem de ideias, cumpre ressaltar que no direito positivo dispõem sobre a substituição tributária, entre outros, os seguintes dispositivos:

"§ 7º do artigo 150 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93:

"A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

Código Tributário Nacional:

"Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei."

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Despicienda, portanto, a existência de vínculo direto entre o substituto tributário e o fato gerador do tributo. Basta que haja relação com o fato imponible e previsão legal expressa.

Conveniente assinalar que não se pode confundi-lo com o responsável por transferência, tratado pelo art. 128 do CTN. Tal distinção se apresenta com maior clareza quando do confronto com o estatuído no art. 121, inciso II, do mesmo diploma.

Apenas para ilustrar, transcrevo o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. ANTECIPAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGALIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MULTA. CTN, ARTIGOS 114, 116, 117, 119, 128, 165, 167 E 168. PRESCRIÇÃO. DECRETO-LEI 406/68. CPC, ARTIGO 535, I E II. SÚMULA 98/STJ.

1. Existe diferença ontológica entre o substituto legal tributário e o responsável tributário, o primeiro sem vinculação com o fato gerador e o segundo vinculado. Porém, a eleição legal do substituto tributário obriga a pagar o tributo, obrigação alheia ao fato gerador da obrigação tributária. A questão de saber quem suporta o encargo é de natureza econômica, sem aprisionamento ao fenômeno jurídico debatido. Precedentes do STF e STJ.

2. Exame da prescrição prejudicado em face da legalidade da substituição tributária e improcedência do pedido de restituição de indébito.

3. A aplicação de multa, no caso, conflita com a Súmula 98/STJ. 4. Recurso parcialmente provido.

(RESP/STJ 132130/MG; Data da decisão: 16/11/1999; DJ 27/03/2000, pág. 66 - Relator: Min. MILTON LUIZ PEREIRA)

Não se alegue, por outro lado, a inexistência de qualquer vínculo da Impetrante com o fato gerador da contribuição, pois a prestação de serviços ao terceiro estabelece a relação jurídica necessária à incidência tributária.

Desse modo, o artigo 30, da Lei nº 10.833/03, trata tão-somente de mera técnica fiscal concernente ao recolhimento das exações que menciona, inexistindo, desta feita, instituição indevida de empréstimo compulsório.

Ademais, o art. 246 da CF veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação da emenda 32/01.

Nesse sentir, percebo que a lei 10.833/03, neste específico ponto, não está a regulamentar preceito constitucional, porquanto retenção de tributos não faz parte do rol de institutos tratados pela Carta Magna, sobretudo em relação ao art. 195, inciso I, alterado pela EC 20/98.

Portanto, não padece de inconstitucionalidade a retenção imposta pelo referido ato normativo em face do art. 246 da CF, tendo em vista que o instituto retro mencionado não encontra previsão no texto constitucional, razão pela qual a norma legal não regulamenta o texto constitucional de modo a ensejar a vedação imposta.

Ademais, entendo que a Lei nº 10.833/03 não infringiu o disposto no artigo 146, inciso III, "a", da CF, haja vista que mencionado preceito constitucional exige a edição de Lei Complementar em relação a fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes relativamente aos impostos discriminados na Constituição Federal, restando silente quanto às contribuições sociais de que tratam os artigos 195 e 239 da Carta Magna.

No que tange à natureza do ato praticado pela apelante (se cooperado ou não), preceitua o art. 79 da Lei 5.764/71 que atos cooperativos são aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados e pelas cooperativas entre si quando associadas.

Denota-se das operações realizadas, que estas se configuram como ato não-cooperado por se tratarem de prestações de serviços entre a cooperativa e terceiros, estando fora do enquadramento de ato cooperado já ressaltado alhures.

Desse modo, não há nem que se discutir se o ato cooperado deve ou não ser tributado pois as relações jurídicas subjacentes revelam sua natureza não-cooperada, por consistirem negócios firmados entre cooperativa e não associados, possuindo nítido caráter mercantil, ensejando a ocorrência no fenômeno contábil faturamento, justamente a base de cálculo da COFINS e do PIS.

Na mesma toada, vem decidindo o STJ, conforme se observa da ementa a seguir transcrita:

TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE COOPERATIVA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ATOS COOPERATIVOS FIRMADOS COM TOMADORES DE SERVIÇOS. TRIBUTAÇÃO. PIS E COFINS.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria de cunho constitucional - revogação por lei ordinária (Lei 9.430/96) da isenção da COFINS concedida às sociedades civis, pela LC 70/91 -, de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que os atos praticados pela cooperativa com terceiros não se inserem no conceito de atos cooperativos e, portanto, estão no campo de incidência da contribuição ao PIS e à COFINS. Ato cooperativo é aquele que a cooperativa realiza com os seus cooperados ou com outras cooperativas. Esse é o conceito que se depreende do disposto no art. 79 da lei que institui o regime jurídico das sociedades cooperativas - Lei n. 5.764/71.3. Recurso especial não conhecido. (REsp 1192187/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 17/08/2010)

Não é diferente em relação à CSSL:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - ATO COOPERATIVO - LEI Nº - ISENÇÃO.

1. A não-incidência da CSSL, nos termos da jurisprudência dominante do STJ, em casos de cooperativas, restringe-se a atos cooperados praticados exclusivamente entre a cooperativa e seus associados.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1190066/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 28/06/2010)

No que tange a esta exação, vale destacar que o regime de retenção permaneceu até o advento da Lei 10.865/04, mantendo-se válido, entretanto, no período de sua regular vigência.

Por fim, inexistente ofensa ao Princípio da Hierarquia das Leis no tratamento da matéria por lei ordinária.

Hodiernamente, prevalece, tanto na jurisprudência como na doutrina, entendimento segundo o qual não há hierarquia entre lei ordinária ou de natureza complementar mas apenas campos de incidência normativa diversos.

O STF não discrepa de tal orientação, nos termos do aresto a seguir transcrito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Inexistência de afronta ao princípio da hierarquia de leis. Previsão constitucional da Cofins: possibilidade de regulamentação por lei ordinária. 2. Inadmissibilidade de modulação de efeitos.

(AI 636980 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-07 PP-01509)

EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário. Competência do Relator. COFINS. Isenção concedida pela Lei Complementar nº 70/91. Constitucionalidade da revogação pela Lei Ordinária nº 9.430/96. Modulação dos efeitos. Impossibilidade. Plenário. 1. É competente o Relator (artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e artigo 21, parágrafo 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para negar seguimento "ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". 2. Constitucionalidade da revogação, pelo artigo 56 da Lei nº 9.430/96, da isenção para o recolhimento da COFINS, concedida, na forma do artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91, às sociedades civis prestadoras de serviços de profissão legalmente regulamentada. 3. Impossibilidade de aplicação da modulação dos efeitos dessa decisão. 4. Agravo regimental desprovido.

(RE 537723 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-05 PP-00892)

In casu, todas as contribuições sociais voltadas ao financiamento da seguridade social (art. 195 da CF/88), diferentemente dos impostos, tem regulação conferida às leis ordinárias, inclusive quanto ao fato gerador, base de cálculo e contribuintes.

Ademais, a outorga de isenção não significa necessariamente o tratamento adequado a que se refere o art. 146, III, "c", da CF/88, não impedindo, desse modo, a revogação da isenção da COFINS às cooperativas, conforme entendimento já sufragado pelo STF (RE 141800/SP, DJ 03/10/1997, p. 42939).

Quanto ao princípio da anterioridade nonagesimal, há que se ter como parâmetro o entendimento do STF no sentido de que o início da eficácia da lei tributária conta-se de primeira medida provisória posteriormente convertida em lei.

Eis o teor dos julgados:

"Contribuição social PIS-PASEP. Princípio da anterioridade em se tratando de Medida Provisória. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 232.896, que versa caso análogo ao presente, assim decidiu: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PIS-PASEP. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL: MEDIDA PROVISÓRIA: REEDIÇÃO. I - Princípio da anterioridade nonagesimal: C.F., art. 195, § 6º: contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei: conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória. II - Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov., de 28.11.95 - "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" - e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9.715, de 25.11.98, artigo 18. III - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. IV - Precedentes do S.T.F: ADIn 1.617-MS, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de

15.8.97; ADIn 1610-DF, Ministro Sydney Sanches; RE nº 221 .856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T., 25.5.98. V - R.E. conhecido e provido, em parte". - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido (RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 15/10/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ DATA-22-11-2002 PP-00069 EMENT VOL-02029-07 PP-01303 RE 354211 / MG - MINAS GERAIS)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA AO PARÁGRAFO 2º DO ART. 21 DA LEI Nº 8.692/93, PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.520/93. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 62; 150, I, III, B E § 6º; E 236, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. ADIs 162, 526, 1.397 e 1.417). De outra parte, já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADIMC nº 1.417). Ausência de plausibilidade na tese de inconstitucionalidade da norma sob enfoque. Medida cautelar indeferida. (ADI 1667 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ILMAR GALVAO Julgamento: 25/09/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-21-11-97 PP-60586 EMENT VOL-01892-02 PP-00315)

Portanto, considerando que a Lei 10.833/03 teve seus efeitos concretos produzidos no ordenamento jurídico a partir da publicação da primeira edição da Medida Provisória que lhe deu origem, é de rigor considerar exigível a retenção da exação no interregno entre janeiro a março de 2004.

Isto posto, nego seguimento à apelação do Impetrante, nos termos do art. 557, caput, do CPC e dou provimento ao recurso da União Federal e à remessa oficial, nos termos do § 1º-A do mesmo dispositivo legal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017348-06.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.017348-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : IRENE PIZZUTI ZUCCARELLI
ADVOGADO : JOSE RUBENS DE MACEDO S SOBRINHO e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação da União Federal interposta contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação ordinária, declarando a inexistência do imposto de renda em relação à indenização recebida pela autora a título de danos morais, condenando a ré a restituir o valor indevidamente recolhido.

É o sucinto relatório. Decido.

De início, tenho por interposta a remessa oficial, nos termos do artigo 475, inc. I, do Código de Processo Civil.

Desacolho, outrossim, a alegação de falta de documento essencial à propositura da demanda, uma vez que o recolhimento encontra-se devidamente comprovado às fls. 29/34. Ademais, trata-se de situação em que cabia à fonte pagadora recolher o imposto.

No mérito, entendo que a indenização por dano moral não é fato gerador do imposto de renda, uma vez que se destina a recompor o patrimônio imaterial da vítima de um ato ilícito.

Com efeito, a indenização por dano moral, como é o caso dos autos, não aumenta o patrimônio da vítima, mas apenas o restitui ao estado anterior ao evento danoso.

Vale conferir, nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ART. 43 DO CTN - VERBAS INDENIZATÓRIAS - DANOS MORAIS E MATERIAIS - AUSÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - IMPOSTO DE RENDA - NÃO INCIDÊNCIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de indenização quando inexistente acréscimo patrimonial.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1150020/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 17/08/2010)

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTES DE VEÍCULOS. TRANSAÇÃO CELEBRADA PELAS PARTES INSTITUINDO PENSIONAMENTO, MEDIANTE

INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO MENSAL. RETENÇÃO INDEVIDA DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE.

Diante de transação em que as partes instituem pensionamento mensal, com inclusão em folha de pagamento, pondo fim a demanda indenizatória, os pagamentos conservam a natureza indenizatória da origem da obrigação, não havendo fundamento para retenção do imposto de renda na fonte.

Recurso Especial provido.

(REsp 1012843/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2008, DJe 17/02/2009)

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ PARA APRECIAR A MATÉRIA. AFASTAMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

I - Fica caracterizada a competência da 1ª Seção do STJ, com base no § 1º do art. 9º do RISTJ, para apreciar o recurso especial que gravita em torno de decisão no processo de execução, onde restou consignado que o ora agravante não poderia realizar a retenção de imposto de renda para repasse à FAZENDA NACIONAL sobre a verba devida à ora agravada referente a dano moral. Na hipótese dos autos a matéria deduzida em juízo é de direito público.

II - A Colenda Primeira Seção, no julgamento do REsp 963.387/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, em 08 de outubro de 2008, por maioria, consignou que não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais. Explicitou-se que a indenização por dano moral limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, não tendo vinculação com o patrimônio real, ipso facto, inobservada na hipótese a aquisição de acréscimo patrimonial compatível com o comando do artigo 43 do CTN, tem-se afastada a incidência da exação. Precedentes: REsp nº 869.237/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 17/05/2007 e REsp nº 410.347/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/02/2003.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA DA VERBA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. A indenização por dano estritamente moral não é fato gerador do Imposto de Renda, pois limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado.

2. In casu, a negativa de incidência do Imposto de Renda não se faz por força de isenção, mas em decorrência da ausência de riqueza nova - oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos - capaz de caracterizar acréscimo patrimonial.

3. A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, in statu quo ante.

4. A vedação de incidência do Imposto de Renda sobre indenização por danos morais é também decorrência do princípio da reparação integral, um dos pilares do Direito brasileiro. A tributação, nessas circunstâncias e, especialmente, na hipótese de ofensa a direitos da personalidade, reduziria a plena eficácia material do princípio, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário do sofrimento do contribuinte.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 963.387/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2008, DJe 05/03/2009)

Isto posto, nego seguimento à apelação e ao reexame necessário, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006210-33.2004.4.03.6103/SP

2004.61.03.006210-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : RODOLFO SANTOS DE SOUZA
ADVOGADO : MARIA LUCIA DO NASCIMENTO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelo autor contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação declaratória objetivando afastar o recolhimento do imposto de renda incidente sobre o pagamento de adicional de periculosidade, por força de reclamação trabalhista, ou ao menos que a incidência do referido imposto observasse a tabela progressiva, não incidindo diretamente sobre o montante recebido.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante o caráter indenizatório da referida verba, o que afasta a incidência do IR. É o sucinto relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

O cerne da questão está em se definir qual a natureza das quantias recebidas, se tem caráter salarial ou indenizatório.

O artigo 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88, assim dispõe:

" Artigo 6º- Ficam isentos do Imposto de Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

V- a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço."

No caso em tela, a discussão recai sobre o imposto de renda incidente sobre a importância paga a título de adicional de periculosidade.

O adicional de periculosidade tem natureza remuneratória, uma vez que complementa o salário em virtude de determinadas condições que impliquem risco à saúde ou integridade física do trabalhador.

Não há como se amparar a pretensão de excluir do pagamento de diferenças salariais decorrentes de adicional de periculosidade reconhecido como devido pela Justiça do Trabalho da incidência do Imposto de Renda, pois o fato gerador do tributo ocorreu, nos termos do art. 43 do CTN e Lei nº 7.713/88.

A jurisprudência é firme no sentido de que as verbas recebidas pelo empregado, referentes ao adicional de periculosidade, possuem natureza remuneratória, constituindo, portanto, acréscimo patrimonial a ensejar a incidência do imposto de renda. Assim temos, ilustrativamente, os seguintes julgados do STJ e desta Corte:

TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. VERBA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

I - Por possuir o adicional de periculosidade natureza salarial, ainda que pago a destempo, no caso, em virtude de provimento de reclamação trabalhista, deve sofrer a incidência do imposto de renda, o qual detém como fato gerador justamente o acréscimo patrimonial. Precedente: REsp 356.740/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 06.04.2006.

II - Entendimento pacífico nesta Corte acerca do cabimento da aplicação da Taxa SELIC na atualização dos débitos fiscais dos contribuintes perante a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no REsp 908.959/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 18.03.2008; REsp 665.320/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03.03.2008; AgRg no Ag 915.013/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 28.02.2008 e AgRg no Ag 923.312/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 06.11.2007.

III - Recurso especial improvido.

(REsp 1040773/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 05/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA 284/STF POR ANALOGIA - IMPOSTO DE RENDA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - NATUREZA REMUNERATÓRIA - INCIDÊNCIA - PAGAMENTO ACUMULADO - ALÍQUOTA.

1. Considera-se deficiente a fundamentação se o dispositivo trazido como violado não sustenta a tese defendida no recurso especial, aplicando-se, por analogia, a Súmula 284/STF.

2. Incide Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de adicional de periculosidade, ainda que pagos a destempo, tendo em vista a sua natureza remuneratória. Precedente do STJ.

3. Esta Corte firmou o entendimento de que, quando os rendimentos são pagos acumuladamente, no desconto do imposto de renda devem ser observados os valores mensais e não o montante global auferido, aplicando-se as tabelas e alíquotas referentes a cada período.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1162729/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010)
TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA PESSOA FÍSICA. VALORES REFERENTES A ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E REFLEXOS. ACORDO HOMOLOGADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA. CARÁTER SALARIAL. INCIDÊNCIA.

I - O adicional de periculosidade é um acréscimo ao salário-base do empregado que trabalha em locais comprovadamente perigosos e exerce atividades consideradas perigosas de acordo com a lei, o que evidencia seu caráter salarial. Trata-se de uma compensação que se dá ao trabalhador por estar exposto a determinadas situações que colocam em risco sua saúde ou integridade física.

II - Precedentes desta Corte.

III - Apelação improvida.

(AMS 2006.61.14.001468-0, Rel. Des. Federal Regina Costa, 6ª Turma, DJ 28/09/2009)

Contudo, assiste razão ao apelante quanto ao cálculo do imposto de renda incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente, em decorrência de decisão judicial, devendo ser aplicadas as alíquotas vigentes à época em que eram devidos os referidos rendimentos.

O art. 12 da Lei nº 7.713/88 não fixa a forma de cálculo, mas apenas o elemento temporal da incidência.

Dessa forma, no caso de rendimentos pagos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial, a incidência do imposto ocorre no mês de recebimento, como dispõe o art. 12 da Lei 7.713/88, mas o cálculo do imposto deverá considerar os meses a que se referirem os rendimentos.

Por fim, no que diz respeito aos honorários advocatícios, tendo em vista que o autor formulou pedidos sucessivos, há que se fixar a sucumbência de maneira recíproca.

Diante do exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **dou parcial provimento** à apelação do autor, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, para determinar que no cálculo do imposto de renda incidente sobre os rendimentos pagos a título de adicional de periculosidade, acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devam ser aplicadas as alíquotas vigentes à época em que eram devidos os referidos rendimentos.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00029 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001572-51.2004.4.03.6104/SP

2004.61.04.001572-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : APARECIDA BENTO NUNES
: ALMERINDA CABRAL DE OLIVEIRA
: HILDA DA SILVA NASCIMENTO
: MARIA REIS DE SOUSA
: YVETTE MACHADO RIGOS
ADVOGADO : JOSE BARTOLOMEU DE SOUSA LIMA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelas autoras contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de repetição de indébito objetivando a restituição dos valores descontados na fonte a título de Imposto de Renda sobre as pensões por morte de anistiados políticos, sob o fundamento de que os anistiados somente teriam direito à isenção, nos termos da Lei nº 10.559/02, quando deferida a substituição de regime e os valores passassem a ser suportados pelo Tesouro Nacional. As autoras foram condenadas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, sustentam as autoras que a Lei nº 10.559/02, ao conceder a isenção do pagamento de IR sobre as pensões de anistiados políticos, não condicionou referida isenção à substituição de regime, e que os efeitos da lei podem retroagir desde a promulgação da Constituição Federal, cabendo a restituição do montante recolhido nos últimos dez anos.

É o sucinto relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

Imprescindível para o deslinde da questão posta, a análise da natureza jurídica dos proventos e pensões de anistiados políticos para o fim do recolhimento de imposto de renda.

O artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias concede a anistia aos que foram atingidos, em decorrência de motivações exclusivamente políticas, por atos de exceção, institucionais ou complementares, assegurando as promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo.

O art. 1º, II, da Medida Provisória nº 65, de 28/08/2002, publicada no DOU de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.559, de 13/11/2002, que instituiu o Regime do Anistiado Político, dispõe no sentido de ser assegurado ao anistiado político reparação econômica, de caráter indenizatória, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1º e 5º do art. 8º do ADCT.

Dispõe o artigo 9º, parágrafo único da referida legislação serem isentos do imposto de renda os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos.

Por seu turno, o art. 19 da Lei nº 10.559/2002, regulamentado pelo Decreto 4.897/2003, estendeu o favor fiscal da isenção do imposto de renda aos declarados anistiados políticos sob a égide da Lei nº 6.683/79 e da Emenda Constitucional nº 26/85.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os anistiados políticos, civis ou militares, anteriores à Lei nº 10.559/2002, têm direito ao benefício fiscal previsto no art. 9º, parágrafo único da referida legislação, cujo dispositivo fora regulamentado pelo Decreto nº 4.897/2003.

Merece destaque trecho do voto proferido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos no Mandado de Segurança nº 10.897/DF, publicado no DJ de 11/09/2006, de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

"O entendimento pacificado na Primeira Seção foi no sentido de estender a isenção tributária e previdenciária a todos os recebimentos de pensões, proventos e indenizações, na medida em que a Lei 10.559/02 transformou em indenização o que vinha sendo pago a outro título, não sendo demais lembrar os precisos termos do art. 19, o qual igualou todos os valores referentes à indenização por anistia. Diante da mudança legislativa, inteiramente permitida, naturalmente que se viabilizou a isenção, sem ofensa alguma à Lei Maior."

Assinale-se haver referido favor fiscal sido estendido aos dependentes do anistiado político, nos termos do art. 13 da Lei nº 10.559/2002.

A respeito do tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.599/2002. ABRANGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI N. 6.683/79 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/85.

1. O presente mandado de segurança é dirigido contra ato imputado ao Ministro de Estado da Justiça e ao Diretor do Departamento da Polícia Federal, a quem estão os impetrantes hierarquicamente subordinados, sendo essa última autoridade responsável pela retenção e recolhimento do imposto descontado em folha de pagamento. Ademais, a 1ª Seção, no julgamento do MS 10.640/DF, Min. Denise Arruda, DJ 24.10.2005, decidiu que "o art. 10 da Lei 10.559/2002 prevê que caberá ao Ministro de Estado da Justiça decidir a respeito dos requerimentos fundados na Lei de Anistia".

2. O Decreto n. 4.897, de 25 de novembro de 2003, esclareceu que, a partir de 29 de agosto de 2002, os efeitos da isenção do imposto de renda concedida pelo art. 1º da Lei n. 10.599, de 13.11.2002, alcançam também os pagamentos de aposentadoria e de pensão aos anistiados de que trata o artigo 19 da referida lei, mesmo antes de que tenha se operado a "substituição" ali referida.

3. A Lei 10.559/2002 não restringiu a referida isenção aos titulares do direito à reparação econômica de caráter indenizatório, na medida em que estendeu, explicitamente, a percepção do benefício fiscal aos seus dependentes, "no caso de falecimento do anistiado político" (art. 13). Precedentes da 1ª Seção: MS 9636-DF, Relatora Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2004; MS 9591-DF, Relator Min. Castro Meira, DJ de 28.02.2005; MS 9543-DF, Relator Min. Teori Zavascki, DJ de 13.09.2004; MS 10519 / DF, Min. Luiz Fux, DJ 13.02.2006; MS 10247 / DF, Min. Castro Meira, DJ 13.02.2006.

4. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado."

(REsp nº MS nº 10869, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 12/06/2006)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA. PENSÃO MILITAR. ISENÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI 10.559/2002.

1. O Imposto de Renda e a Contribuição Previdenciária não incidem sobre os proventos dos anistiados políticos, nos termos da Lei 10.559/2002. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: MS 9636-DF, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 13.12.2004; MS 9591-DF, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 28.02.2005 e MS 9543-DF, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 13.09.2004.

2. Sob esse enfoque, sobreleva notar, a jurisprudência tem como fundamento o de fato de que: "Nos termos do Decreto nº 4.897/2003, os valores pagos a título de indenização a anistiados políticos são isentos de imposto de renda, inclusive o montante pago aos declarados anistiados antes da Lei nº 10.559/2002 que ainda não foram submetidos à substituição de regime prevista no artigo 19 do referido diploma legal." (MS 9636-DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 13.12.2004) (...)

(STJ, AGRMS nº 11.264/DF, relator Ministro Luiz Fux, DJ: 25/09/2006)

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. ANISTIADOS POLÍTICOS. LEI N. 10.559/2002.

O artigo 9º, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002 não estabeleceu distinção entre os anistiados para fins de enquadramento no benefício ali disciplinado, e o art. 13 é explícito ao estender o benefício aos dependentes do anistiado falecido.

(...)

(AGRMS nº 11.297/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ: 14/08/2006)

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA - FAVOR FISCAL AOS ANISTIADOS CIVIS E MILITARES - LEI 10.559/02.

1. O Secretário da Receita Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente mandado de segurança, uma vez que não corresponde ao ordenador de despesas.

2. Os anistiados políticos anteriores à Lei 10.559/02 fazem jus à isenção fiscal determinada na nova lei.
3. As possíveis dúvidas sobre o alcance do favor fiscal foram afastadas pelo art. 1º do Decreto 4.897/03.
4. Segurança concedida."

(STJ, MS nº 10.897/DF, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ: 05/06/2006)

"O acórdão embargado enfrentou o tema posto em debate, concluindo que a norma regulamentadora do art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 10.559/2002, que é o Decreto 4.897/2003, é extremamente clara ao conferir às prestações pecuniárias devidas aos anistiados anteriores a mesma natureza que têm as de que trata a nova lei, dessa forma, os impetrantes, ora embargados, têm direito à isenção requerida, mesmo antes da substituição do regime de anistia, pelo novo regime instituído pela Lei nº 10.559/2002.

(STJ, 1ª Seção, EDMS nº 9587/DF, relator Ministro Francisco Falcão, DJ: 13/03/2006)

Outrossim, ressalte-se haver o Decreto nº 4.897/2003 esclarecido que, a partir de 29 de agosto de 2002, os efeitos da isenção do imposto de renda assegurada no art. 1º da Lei nº 10.559, de 13/11/2002, alcançam também os pagamentos de aposentadoria e de pensão aos anistiados de que trata o art. 19 da referida lei, mesmo antes de ter se operada a "substituição" ali referida.

Destarte, os anistiados pela Lei nº 6.683/79 e pela EC 26/85, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.559/2002 foram incluídos em um único sistema de anistia. A corroborar esse entendimento, confira-se o art. 11 da referida lei, e no Decreto 4.897 que o regulamentou.

Nesse sentido, vale conferir, encaminha-se a jurisprudência desta E. Corte:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - APOSENTADORIA, PENSÕES OU PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA RECEBIDOS POR ANISTIADOS POLÍTICOS EM VIRTUDE DA LEI Nº 6.683/79 - ISENÇÃO - ALCANCE DA LEI Nº 10.559/02 E DECRETO Nº 4.897/03. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de os anistiados políticos, civis ou militares, anteriores à Lei nº 10.559/2002 terem direito ao benefício fiscal previsto no art. 9º, parágrafo único da referida legislação, cujo dispositivo fora regulamentado pelo Decreto nº 4.897/2003. 2. O entendimento pacificado naquela Seção foi no sentido de estender a isenção tributária e previdenciária a todos os recebimentos de pensões, proventos e indenizações, na medida em que a Lei 10.559/02 transformou em indenização o que vinha sendo pago a outro título, não sendo demais lembrar os precisos termos do art. 19, o qual igualou todos os valores referentes à indenização por anistia. 3. Diante da mudança legislativa, inteiramente permitida, naturalmente que se viabilizou a isenção, sem ofensa alguma à Lei Maior. (EDMS nº 10.897/DF, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 11/09/2006). 4. O termo inicial para a isenção prevista no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.559/2002 conta-se a partir de 29 de agosto de 2002, data da publicação da Medida Provisória nº 65/2002, editada em 28/08/2002, a teor do disposto no Decreto nº 4.897/2003. 5. Por força do disposto no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, aplica-se a SELIC de forma exclusiva sobre o valor do crédito tributário expresso em reais, ou seja, sem a utilização concomitante de outro índice, seja a título de juros ou correção monetária. 6. Honorários advocatícios a cargo das partes em relação aos seus respectivos procuradores, em face da sucumbência recíproca, observada as disposições contidas nos artigos 3º, V, 11, § 2º e 12 da Lei nº 1.060/50." (TRF3 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1119720. PROCESSO 2003.61.04.008485-3. UF: SP. SEXTA TURMA. DATA DO JULGAMENTO 28/05/2009. FONTE DJF3 CJI DATA:14/07/2009 PÁGINA: 888. RELATOR JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO).

O termo inicial para a isenção prevista no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.559/2002 conta-se a partir de 29 de agosto de 2002, data da publicação da Medida Provisória nº 65/2002, editada em 28/08/2002, a teor do disposto no Decreto nº 4.897/2003.

Assim, estão isentos de imposto de renda os valores percebidos pelas autoras a título de pensão, a partir do mês de agosto de 2002, sendo de rigor a restituição do montante indevidamente recolhido.

Os valores a serem repetidos pelas autoras (a partir de agosto de 2002) serão corrigidos nos moldes da Resolução 561/2007 do Conselho da Justiça Federal.

Por fim, diante da inversão da sentença e uma vez configurada a sucumbência mínima da União Federal, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez cento) sobre o valor da condenação, limitado ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do § 3º do art. 20 do CPC e consoante orientação jurisprudencial firmada na Sexta Turma desta Corte.

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **dou parcial provimento** à apelação das autoras, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, para condenar a ré à restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda, nos moldes acima explicitados.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010720-86.2004.4.03.6104/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : JOSE EDIVALDO RABELO FRAGA
ADVOGADO : ALEXSANDRA REIS DOS SANTOS MEDEIROS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : FUNDACAO COSIPA DE SEGURIDADE SOCIAL FENCO
ADVOGADO : OSMILTON ALVES DE OLIVEIRA e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelos autores contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando a restituição do imposto de renda retido na fonte sobre as verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria, decorrente do desligamento dos autores da ex-empregadora.

Em suas razões recursais, requerem os apelantes a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que o benefício decorrente das contribuições do empregador a entidade de previdência privada não tem caráter indenizatório, pois o seu pagamento ao empregado decorre de plano previdenciário que não teria sido contratado no momento da demissão do empregado, mas apenas e tão-somente visando à formação de reservas para se assegurar benefícios monetários nos casos especificados no estatuto da entidade, conforme normas legais aplicáveis.

Cuida-se de plano anteriormente traçado, a fim de se garantir ao empregado o recebimento de montante que se calcula necessário a garantir-lhe certa estabilidade econômica em se completando as condições pactuadas. Não se confunde com mera liberalidade, cujo "quantum" estaria ao livre arbítrio do empregador.

Com efeito, a Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos por pessoas físicas de entidades de previdência privada relativamente ao valor cujo ônus tenha sido do participante.

Por outro lado, o artigo 32 da Lei nº 9.250/95 consagrou a isenção do imposto de renda relativamente aos rendimentos percebidos por pessoas físicas atinentes aos seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante, o que não se verifica nestes autos.

Frise-se, ainda, que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes eram isentas do imposto de renda, tudo de acordo com o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88, sendo certo que quando do resgate de referidas contribuições incidia a exação em comento, conforme preconizado no artigo 31 de mencionada lei, bem como no artigo 33 da Lei nº 9.250/95.

Ou seja, se não incidiu o imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelo empregador ao plano de previdência privada, nada mais justo a incidência da exação quando de seu resgate.

Acerca do assunto, inclusive afastando a tese de que o "Benefício Diferido por Desligamento" possua caráter indenizatório, integrando o contrato de trabalho, anoto a seguinte orientação jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO - INDENIZAÇÃO ESPECIAL PAGA POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR - INCIDÊNCIA.

1. Quanto à gratificação por liberalidade da empresa - que ora denomina-se "benefício diferido por desligamento" -, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, sem justa causa, a título de indenização especial, a Primeira Seção dirimiu a controvérsia afirmando, por maioria, a natureza não-indenizatória da referida gratificação, e, conseqüentemente, passível da incidência do imposto de renda. Precedentes.

2. Não procede a alegação de que existe precedente divergente, pois entendimento isolado trazido pelo recorrente não pode suplantar o entendimento pacificado desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 824.250/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008)

Assim também já decidiu a Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. VERBAS ORIUNDAS DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO. VALORES ORIGINÁRIOS DO PATROCINADOR. INCIDÊNCIA.

1. Sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, é cabível o mandado de segurança.

2. Não há que se falar em ausência de documentação para instruir o processo, já que o extrato da entidade de previdência privada referente às verbas recebidas pelo impetrante, colacionado aos autos, é instrumento hábil e suficiente ao deslinde da questão.

3. A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, reguladora do Regime de Previdência Complementar, prevê a isenção do imposto de renda para as contribuições vertidas pelo empregador (patrocinador), sobre as quais não

incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (art. 69, caput e § 1º). Todavia, quando do resgate das contribuições pelo beneficiário, sujeitam-se à tributação os valores recolhidos pelo patrocinador.

4. O art. 68 da Lei Complementar nº 109/01 dispõe que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

5. Os valores resgatados por se tratarem de benefício previdenciário não possuem caráter indenizatório, vez que, configuram acréscimo patrimonial ou aquisição de renda, e, desse modo, subsumem-se à hipótese de incidência do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do CTN, ainda que pagas quando da rescisão do contrato de trabalho.

6. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas.

(AMS 2001.61.00.001407-7, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, DJU 22/03/2005)

Nesse sentido, importa ressaltar o disposto no art. 68, da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que preceitua que as contribuições do empregador a planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes.

É de se sustentar, com espeque no artigo 68 da supracitada lei, que a existência de plano de benefício previdenciário complementar não guarda relação direta com a perda do vínculo empregatício ou com a existência de "campanhas" destinadas ao incentivo à demissão, uma vez que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Pode-se afirmar, portanto, que o pagamento do benefício não visa, essencialmente, à compensação pela perda do emprego. Pelo contrário, a natureza é previdenciária e como tal há que ser tributado pelo imposto incidente sobre a renda.

Constata-se, pois, que houve acréscimo patrimonial, o qual faz nascer a obrigação tributária. Nem poderia ser diferente, sob pena de se alargar o conceito de indenização, abarcando as mais diversas situações fáticas.

Nesse sentido, nenhum valor recebido de instituição de previdência, pública ou privada, estaria sujeito à tributação.

Por outro lado, reporto-me ao art. 202, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe no mesmo sentido do aludido art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001, supra mencionado.

Ante o exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **nego seguimento** à apelação dos autores, nos termos do caput do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010858-53.2004.4.03.6104/SP

2004.61.04.010858-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : CARLOS ALBERTO RODRIGUES e outros
: GERALDO JOSWIACK
: ANTONIO ALVES FILHO
: NELSON ROBERTO DO AMPARO
: HORACIO OSWALDO MANOEL
: WALDEMAR DE VASCONCELLOS
: ANTONIO GOMES DE MATOS
ADVOGADO : MARIA ISABEL DE FIGUEIREDO CARVALHO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelos autores contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do imposto de renda na fonte sobre os benefícios pagos pela entidade de previdência privada PORTUS, em decorrência do desligamento do autor da empresa empregadora, declarando tais rendimentos como isentos, bem como condenar a ré - União Federal - a restituir todos os valores recolhidos indevidamente desde a vigência da Lei nº 9.250/95 (janeiro de 1996).

Em suas razões recursais, requerem os apelantes a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que o benefício decorrente das contribuições do empregador a entidade de previdência privada não tem caráter indenizatório, pois o seu pagamento ao empregado decorre de plano previdenciário que não teria sido contratado no momento da demissão do empregado, mas apenas e tão-somente visando à formação de reservas para se assegurar benefícios monetários nos casos especificados no estatuto da entidade, conforme normas legais aplicáveis.

Cuida-se de plano anteriormente traçado, a fim de se garantir ao empregado o recebimento de montante que se calcula necessário a garantir-lhe certa estabilidade econômica em se completando as condições pactuadas. Não se confunde com mera liberalidade, cujo "quantum" estaria ao livre arbítrio do empregador.

Com efeito, a Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos por pessoas físicas de entidades de previdência privada relativamente ao valor cujo ônus tenha sido do participante.

Por outro lado, o artigo 32 da Lei nº 9.250/95 consagrou a isenção do imposto de renda relativamente aos rendimentos percebidos por pessoas físicas atinentes aos seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante, o que não se verifica nestes autos.

Frise-se, ainda, que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes eram isentas do imposto de renda, tudo de acordo com o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88, sendo certo que quando do resgate de referidas contribuições incidia a exação em comento, conforme preconizado no artigo 31 de mencionada lei, bem como no artigo 33 da Lei nº 9.250/95.

Ou seja, se não incidiu o imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelo empregador ao plano de previdência privada, nada mais justo a incidência da exação quando de seu resgate.

Acerca do assunto, inclusive afastando a tese de que o "Benefício Diferido por Desligamento" possua caráter indenizatório, integrando o contrato de trabalho, anoto a seguinte orientação jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO - INDENIZAÇÃO ESPECIAL PAGA POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR - INCIDÊNCIA.

1. Quanto à gratificação por liberalidade da empresa - que ora denomina-se "benefício diferido por desligamento" -, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, sem justa causa, a título de indenização especial, a Primeira Seção dirimiu a controvérsia afirmando, por maioria, a natureza não-indenizatória da referida gratificação, e, conseqüentemente, passível da incidência do imposto de renda. Precedentes.

2. Não procede a alegação de que existe precedente divergente, pois entendimento isolado trazido pelo recorrente não pode suplantar o entendimento pacificado desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 824.250/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008)

Assim também já decidiu a Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. VERBAS ORIUNDAS DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO. VALORES ORIGINÁRIOS DO PATROCINADOR. INCIDÊNCIA.

1. Sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, é cabível o mandado de segurança.

2. Não há que se falar em ausência de documentação para instruir o processo, já que o extrato da entidade de previdência privada referente às verbas recebidas pelo impetrante, colacionado aos autos, é instrumento hábil e suficiente ao deslinde da questão.

3. A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, reguladora do Regime de Previdência Complementar, prevê a isenção do imposto de renda para as contribuições vertidas pelo empregador (patrocinador), sobre as quais não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (art. 69, caput e § 1º). Todavia, quando do resgate das contribuições pelo beneficiário, sujeitam-se à tributação os valores recolhidos pelo patrocinador.

4. O art. 68 da Lei Complementar nº 109/01 dispõe que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

5. Os valores resgatados por se tratarem de benefício previdenciário não possuem caráter indenizatório, vez que, configuram acréscimo patrimonial ou aquisição de renda, e, desse modo, subsumem-se à hipótese de incidência do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do CTN, ainda que pagas quando da rescisão do contrato de trabalho.

6. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas.

(AMS 2001.61.00.001407-7, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, DJU 22/03/2005)

Nesse sentido, importa ressaltar o disposto no art. 68, da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que preceitua que as contribuições do empregador a planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes.

É de se sustentar, com espeque no artigo 68 da supracitada lei, que a existência de plano de benefício previdenciário complementar não guarda relação direta com a perda do vínculo empregatício ou com a existência de "campanhas" destinadas ao incentivo à demissão, uma vez que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições

contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Pode-se afirmar, portanto, que o pagamento do benefício não visa, essencialmente, à compensação pela perda do emprego. Pelo contrário, a natureza é previdenciária e como tal há que ser tributado pelo imposto incidente sobre a renda.

Constata-se, pois, que houve acréscimo patrimonial, o qual faz nascer a obrigação tributária. Nem poderia ser diferente, sob pena de se alargar o conceito de indenização, abarcando as mais diversas situações fáticas.

Nesse sentido, nenhum valor recebido de instituição de previdência, pública ou privada, estaria sujeito à tributação.

Por outro lado, reporto-me ao art. 202, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe no mesmo sentido do aludido art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001, supra mencionado.

Ante o exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **nego seguimento** à apelação dos autores, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016137-17.2004.4.03.6105/SP

2004.61.05.016137-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS ALFA S/C LTDA
ADVOGADO : RODRIGO DO AMARAL FONSECA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, bem como o afastamento da retenção na fonte do PIS, CSLL e do IRPJ nos termos do art. 30 da Lei nº 10.833/03.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação),

bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. *Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.*

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Em relação à retenção, cabe ressaltar que o artigo 30 da Lei 10.833/03 dispõe tão-somente de mera técnica fiscal concernente ao recolhimento da IRPJ, CSLL, COFINS e da contribuição devida ao PIS/PASEP, vez que permitida pelo art. 128 do CTN.

Também não há se falar em violação da Medida Provisória nº 135/2003, que resultou na edição da Lei nº 10.833/03, em face do artigo 246 da Constituição Federal.

Destarte, sequer vislumbro a inconstitucionalidade da retenção imposta pelo referido ato normativo em face do art. 246 da CF, tendo em vista que o instituto acima mencionado não encontra previsão no texto constitucional, razão pela qual a norma legal não regulamenta o texto constitucional de modo a ensejar a vedação imposta.

Nesse sentido, o magistério jurisprudencial desta Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CSSL. PIS. COFINS. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIOS DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. *Legitimidade da retenção das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, por ocasião do pagamento dos serviços prestados, prevista no art. 30, da Lei n.º 10.833/03, uma vez que se trata de hipótese de substituição tributária, prevista expressamente no art. 150, § 7.º, da CF e art. 121, parágrafo único, II, do CTN.*

2. *A responsabilidade tributária por substituição prevista na referida lei consiste em mecanismo destinado a otimizar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização de seu recolhimento, não implicando em ofensa aos princípios constitucionais tributários nem padecendo de vícios de ilegalidade.*

3. *No caso, relativamente aos pagamentos que efetuar à impetrante, o tomador do serviço, na qualidade de responsável tributário, fica obrigado por lei ao desconto das contribuições e respectivo recolhimento aos cofres públicos. Após, cabe ao contribuinte que sofreu a retenção proceder aos*

ajustes necessários, considerando-se que o montante retido caracteriza-se como antecipação do Imposto de Renda e das respectivas contribuições, a teor do art. 36 da Lei nº 10.833/2003.

4. *A Lei nº 10.833/2003, originária da Medida Provisória nº 135/2003, com a sistemática prevista em seu art. 30, não criou novo tributo nem regulamentou aqueles já existentes, apenas dispôs sobre o regime legal de recolhimento das contribuições, mediante substituição tributária, portanto, inaplicável à hipótese o art. 246 da CF.*

5. *Apelação improvida.*

(Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 294039, Processo: 2004.61.00.002980-0, UF: SP, Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 17/09/2009. Fonte: DJF3 CJI DATA:26/10/2009 PÁGINA: 550, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007768-19.2004.4.03.6110/SP

2004.61.10.007768-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : GERSON LUIZ BASTOS DUARTE

ADVOGADO : MARCELO MARCOS ARMELLINI e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelo autor contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando afastar a incidência de imposto de renda retido na fonte sobre seus proventos de aposentadoria complementar recebido em razão de ser ex-funcionário do Banco do Estado de São Paulo - BANESPA.

Em suas razões recursais, requer o apelante a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, uma vez que a jurisprudência desta E. Corte tem, reiteradamente, decidido pela não ocorrência de dupla tributação em razão da incidência de imposto de renda sobre as aposentadorias complementares pagas aos funcionários do BANESPA.

Com efeito, a Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos por pessoas físicas de entidades de previdência privada relativamente ao valor cujo ônus tenha sido do participante.

Por outro lado, o artigo 32 da Lei nº 9.250/95 consagrou a isenção do imposto de renda relativamente aos rendimentos percebidos por pessoas físicas atinentes aos seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante, o que não se verifica nestes autos.

Frise-se, ainda, que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes eram isentas do imposto de renda, tudo de acordo com o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88, sendo certo que quando do resgate de referidas contribuições incidia a exação em comento, conforme preconizado no artigo 31 de mencionada lei, bem como no artigo 33 da Lei nº 9.250/95.

Ou seja, se não incidiu o imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelo empregador ao plano de previdência privada, nada mais justo a incidência da exação quando de seu resgate.

No caso em tela, o custeio e a responsabilidade pelo pagamento do benefício da complementação da aposentadoria dos empregados do BANESPA, admitidos até a data de 22/05/1975, pertencia, inicialmente, ao Estado de São Paulo, passando à União, quando do processo de privatização do BANESPA, mediante a securitização de títulos federais, conforme disposto na Mensagem do Senado Federal nº 106/1997 e Edital PND nº3, elaborado pelo Banco Central do Brasil. Dessa forma os valores resgatados pelo autor provêm de resgate de títulos de crédito e não de recolhimento de recursos por parte de seus participantes.

Ora, o complemento da aposentadoria dos empregados do BANESPA sempre foi quitado pelo próprio Banco, com recursos próprios, por se tratar de responsabilidade trabalhista. Portanto, pode-se concluir que os funcionários do BANESPA, como o autor, não contribuíram em momento algum para a formação do fundo de complementação de sua aposentadoria, contrariamente ao que acontece com a complementação de aposentadoria recebida de entidades de previdência privada, os quais são constituídos por contribuições advindas dos beneficiários, à razão de 1/3 (um terço) e por contribuição do empregador, na proporção de 2/3 (dois terços).

Dessa forma, o BANESPA é o titular do acréscimo patrimonial por ele próprio auferido, o que gerou a cobrança de crédito tributário pela Receita Federal, uma vez que houve apropriação indevida de despesas além do permitido legal, o que ocasionou a incidência do imposto de renda.

Por seu turno, o autor teve a incidência de imposto de renda sobre o acréscimo patrimonial por ele auferido, com o rendimento de aposentadoria, incluindo a complementação objeto da presente ação, ou seja, tributação simples nos termos dispostos no artigo 45 do CTN e da legislação de regência do imposto de renda das pessoas físicas.

Assim sendo, a tese de duplicidade de tributação deve ser rejeitada, uma vez que são distintas as hipóteses de incidência e os sujeitos passivos.

A título de ilustração, trago à colação os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- 1. É pacífico o entendimento de serem excluídos da incidência do imposto de renda os recebimentos de recolhimentos realizados anteriormente à Lei nº 9.250/90, vale dizer de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 a entidades, cujo ônus tenha sido da pessoa física.*
- 2. Conforme expressamente mencionado na petição inicial, o custeio e a responsabilidade pelo pagamento do benefício da complementação da aposentadoria dos empregados do BANESPA, admitidos até a data de 22/05/75 pertencia, originariamente, ao Estado de São Paulo, tendo sido transferida, posteriormente, para a União mediante a securitização de títulos federais.*
- 3. Ausente nos autos qualquer documento a comprovar o recolhimento antecipado do imposto de renda, pela parte autora, na formação da reserva matemática, a configurar a ocorrência de dupla tributação quando da percepção do benefício de complementação de aposentadoria. Precedente deste E. Tribunal.*
- 4. Sentença mantida.*

(AC 2000.61.05.005949-0, Rel. Des. Federal Mairan Maia, 6ª Turma, DJ 01/06/2010)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO POR DESLIGAMENTO. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA BANESPREV. CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS EXCLUSIVAMENTE PELO PATROCINADOR. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

- 1. O custeio do plano de suplementação de aposentadoria administrado pelo Fundo Banespa de Seguridade Social - BANESPREV, ficava a cargo do Banco do Estado de São Paulo - BANESPA que assumiu a totalidade dos encargos necessários à garantia do pagamento dos benefícios.*
- 2. Quanto às contribuições dos empregadores aos programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes, a Lei nº 7.713/88, em seu art. 6º, VIII, prevê a isenção do imposto de renda no momento em que forem vertidas ao plano, porém, no momento do resgate dessas importâncias é devida a incidência, conforme previsão do artigo 31 do mesmo diploma legal*
- 3. A Lei nº 9.250/95 em seu artigo 33 disciplinou a incidência do imposto de renda de modo que a tributação tivesse lugar somente no momento do resgate das contribuições ou por ocasião do recebimento do benefício, sejam eles provenientes das contribuições dos participantes ou dos patrocinadores. E assim o fez o legislador porque com a nova*

lei já não incidia mais o imposto de renda no momento da contribuição do empregado, pois possibilitava a dedução da base de cálculo, conforme previsão do artigo 4º, V, do mesmo diploma legal.

4. Apelação desprovida.

(AC 2004.61.19.004761-1, Rel. Des. Federal Marcio Moraes, 3ª Turma, DJ 26/04/2010)

Ante o exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00034 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0006476-90.2004.4.03.6112/SP

2004.61.12.006476-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

PARTE AUTORA : GENTIL MARANHÃO

ADVOGADO : PAULO CESAR SOARES e outro

PARTE RÉ : União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PRES. PRUDENTE SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Foi proposta ação, na qual a parte autora objetiva afastar a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas recebidas em razão da rescisão de contrato de trabalho, bem como a restituição dos referidos valores que entende ter recolhido indevidamente. Atribuiu-se a causa o valor de R\$ 3.266,23.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue o autor ao recolhimento do Imposto de Renda sobre as férias vencidas e respectivo terço constitucional pagas em razão da rescisão de contrato de trabalho, reconhecendo o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos, a ser realizada nos moldes preconizados pelo artigo 168, Inciso I, do CTN, observando-se a prescrição decenal.

A correção monetária deve ser feita de acordo com o Provimento nº 64/2005 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da Terceira Região, a partir do recolhimento indevido. Juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, a teor do disposto na Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça, aplicados com base na Taxa Selic a partir de 01/01/96, vedada sua cumulação com qualquer outro índice de atualização. Sucumbência recíproca.

Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Sem a interposição de recursos voluntários, subiram os autos.

Relatado o necessário, decido.

O cerne da questão está em se definir qual a natureza das quantias recebidas, se tem caráter salarial ou indenizatório.

Ao analisar a questão, retomo entendimento sufragado anteriormente.

O artigo 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88, assim dispõe:

" Artigo 6º- Ficam isentos do Imposto de Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

-.....

-V- a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço."

Não incide imposto de renda sobre as importâncias devidas a título de "férias vencidas" e seus respectivos terços constitucionais, em função do caráter indenizatório inerente a tais parcelas, entendimento já consagrado pelo E.

Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula nº 125, *in verbis*:

"Súmula 125 - O pagamento de férias não gozadas por necessidade de serviço não está sujeito à incidência do Imposto de renda."

Ademais, os valores auferidos desta conversão, não se inserem no conceito constitucional de renda e não se caracterizam em acréscimo patrimonial, têm caráter indenizatório, e portanto estão isentos da tributação do imposto de renda, e prescindem de comprovação da efetiva necessidade de serviço.

Nesse sentido tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça:

"o que afasta a incidência tributária não é a necessidade do serviço, mas sim o caráter indenizatório das férias, o fato de não podermos considerá-las como renda, ou acréscimo pecuniário" (Ag. n. 157.735-MG, Rel. Ministro Hélio Mosimann, DJ. de 05.03.98).

Os arestos abaixo transcritos confirmam o posicionamento dos nossos Tribunais, sobre estas questões, *in verbis*:
TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas: a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador; b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas; c) horas extras; d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais; e) adicional noturno; f) complementação temporária de proventos; g) décimo-terceiro salário; h) gratificação de produtividade; i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical. 3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre: a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia; b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia; c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais; d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho; e) abono pecuniário de férias; f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista; g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador). 4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas pelo empregador em decorrência da renúncia do período de estabilidade provisória levada a termo pelo empregado no momento da rescisão do contrato de trabalho. 5. Embargos de divergência não providos.

(STJ PET 200800126858 -PET - PETIÇÃO - 6243 - PRIMEIRA SEÇÃO - Ministra Relatora ELIANA CALMON - Data do julgamento 24/09/2008)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO A EMPREGADO, POR OCASIÃO DA RESCISÃO DO CONTRATO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. FÉRIAS PROPORCIONAIS. TERÇO CONSTITUCIONAL. NATUREZA. REGIME TRIBUTÁRIO DAS INDENIZAÇÕES. PRECEDENTES.

1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os "acréscimos patrimoniais", assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. O pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de adicional de 1/3 sobre férias tem natureza salarial, conforme previsto nos arts. 7º, XVII, da Constituição e 148 da CLT, sujeitando-se, como tal, à incidência de imposto de renda. Todavia, o pagamento a título de férias vencidas e não gozadas, bem como de férias proporcionais, convertidas em pecúnia, inclusive os respectivos acréscimos de 1/3, quando decorrente de rescisão do contrato de trabalho, está beneficiado por isenção. A lei isenta de imposto de renda "a indenização (...) por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho" (art. 39, XX do RIR, aprovado pelo Decreto 3.000/99 e art. 6º, V, da Lei 7.713/88).

Precedentes: Resp 782.646/PR, AgRg no Ag 672.779/SP e REsp 671.583/SE.

3. O pagamento feito por liberalidade do empregador, por ocasião da rescisão de contrato de trabalho, não tem natureza indenizatória. E, mesmo que tivesse, estaria sujeito à tributação do imposto de renda, já que (a) importou acréscimo patrimonial e (b) não está beneficiado por isenção. Precedentes da 1ª Seção: EREsp 770.078, EREsp 686.109, EREsp 515.148.

4. Recurso especial do impetrante provido.

5. Recurso especial da União provido.

(Resp nº 1017535, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julg. em 06/03/2008 e publ. em 27/03/2008 - p.1)
TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. NÃO INCIDÊNCIA. RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS INDENIZATÓRIAS. AVISO PRÉVIO. REEMBOLSO MÉDICO. FÉRIAS INDENIZADAS VENCIDAS E PROPORCIONAIS. RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 125/STJ.

I-O aviso prévio não pode ser considerado "acréscimo patrimonial", pois está aliado da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda.

II-No que tange ao reembolso médico, correta a decisão monocrática em relação à não incidência do Imposto sobre a Renda, tendo em vista o disposto no art. 8º, II, letra a, da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que prevê a possibilidade de dedução do valor do imposto, quando efetuado pagamento no ano-calendário, em diversas situações de especialidades médicas.

III-Não se inserem no conceito de "renda ou proventos de qualquer natureza" as verbas recebidas a título de férias vencidas e não gozadas por necessidade de serviço, em razão de seu caráter indenizatório. Dispensável a comprovação do indeferimento do gozo de férias por necessidade de serviço. Súmula 125 do Superior Tribunal de Justiça.

IV-Em relação às férias indenizadas proporcionais e respectivo adicional, deve ser acolhido o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não devam ser tributadas.

V-Remessa oficial e Apelação da União improvidas.

(TRF - 3ª Região - AMS nº 2007.61.00.0220391, Rel. Des. Fed. Regina Costa, julg. em 27/11/2008 - DJU :12/01/2009 página: 644).

Os valores a serem restituídos pelo autor deverão ser corrigidos em consonância com a Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, excluindo-se a aplicação de qualquer outro índice, seja a título de juros de mora ou de correção monetária, em relação ao período relativo a taxa SELIC.

À minguá de impugnação fica mantida a sentença com relação às férias proporcionais e seu respectivo terço constitucional.

Fica mantida, no mais, a r. sentença, inclusive quanto à sucumbência recíproca.

Pelo exposto, nego seguimento à remessa oficial (Súmula 253, do STJ), nos termos do art. 557, caput, do CPC. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002739-40.2004.4.03.6125/SP
2004.61.25.002739-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : JOAQUIM APPARECIDO NEGRAO
ADVOGADO : MARCELO MARCOS ARMELLINI e outro
APELADO : Uniao Federal
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelo autor contra sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando afastar a incidência de imposto de renda retido na fonte sobre seus proventos de aposentadoria complementar recebido em razão de ser ex-funcionário do Banco do Estado de São Paulo - BANESPA.

Em suas razões recursais, requer o apelante a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, uma vez que a jurisprudência desta E. Corte tem, reiteradamente, decidido pela não ocorrência de dupla tributação em razão da incidência de imposto de renda sobre as aposentadorias complementares pagas aos funcionários do BANESPA.

Com efeito, a Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos por pessoas físicas de entidades de previdência privada relativamente ao valor cujo ônus tenha sido do participante.

Por outro lado, o artigo 32 da Lei nº 9.250/95 consagrou a isenção do imposto de renda relativamente aos rendimentos percebidos por pessoas físicas atinentes aos seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante, o que não se verifica nestes autos.

Frise-se, ainda, que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes eram isentas do imposto de renda, tudo de acordo com o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88, sendo certo que quando do resgate de referidas contribuições incidia a exação em comento, conforme preconizado no artigo 31 de mencionada lei, bem como no artigo 33 da Lei nº 9.250/95.

Ou seja, se não incidiu o imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelo empregador ao plano de previdência privada, nada mais justo a incidência da exação quando de seu resgate.

No caso em tela, o custeio e a responsabilidade pelo pagamento do benefício da complementação da aposentadoria dos empregados do BANESPA, admitidos até a data de 22/05/1975, pertencia, inicialmente, ao Estado de São Paulo, passando à União, quando do processo de privatização do BANESPA, mediante a securitização de títulos federais, conforme disposto na Mensagem do Senado Federal nº 106/1997 e Edital PND nº3, elaborado pelo Banco Central do Brasil. Dessa forma os valores resgatados pelo autor provêm de resgate de títulos de crédito e não de recolhimento de recursos por parte de seus participantes.

Ora, o complemento da aposentadoria dos empregados do BANESPA sempre foi quitado pelo próprio Banco, com recursos próprios, por se tratar de responsabilidade trabalhista. Portanto, pode-se concluir que os funcionários do BANESPA, como o autor, não contribuíram em momento algum para a formação do fundo de complementação de sua aposentadoria, contrariamente ao que acontece com a complementação de aposentadoria recebida de entidades de previdência privada, os quais são constituídos por contribuições advindas dos beneficiários, à razão de 1/3 (um terço) e por contribuição do empregador, na proporção de 2/3 (dois terços).

Dessa forma, o BANESPA é o titular do acréscimo patrimonial por ele próprio auferido, o que gerou a cobrança de crédito tributário pela Receita Federal, uma vez que houve apropriação indevida de despesas além do permitido legal, o que ocasionou a incidência do imposto de renda.

Por seu turno, o autor teve a incidência de imposto de renda sobre o acréscimo patrimonial por ele auferido, com o rendimento de aposentadoria, incluindo a complementação objeto da presente ação, ou seja, tributação simples nos termos dispostos no artigo 45 do CTN e da legislação de regência do imposto de renda das pessoas físicas. Assim sendo, a tese de duplicidade de tributação deve ser rejeitada, uma vez que são distintas as hipóteses de incidência e os sujeitos passivos.

A título de ilustração, trago à colação os seguintes arestos:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

1. *É pacífico o entendimento de serem excluídos da incidência do imposto de renda os recebimentos de recolhimentos realizados anteriormente à Lei nº 9.250/90, vale dizer de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 a entidades, cujo ônus tenha sido da pessoa física.*

2. *Conforme expressamente mencionado na petição inicial, o custeio e a responsabilidade pelo pagamento do benefício da complementação da aposentadoria dos empregados do BANESPA, admitidos até a data de 22/05/75 pertencia, originariamente, ao Estado de São Paulo, tendo sido transferida, posteriormente, para a União mediante a securitização de títulos federais.*

3. *Ausente nos autos qualquer documento a comprovar o recolhimento antecipado do imposto de renda, pela parte autora, na formação da reserva matemática, a configurar a ocorrência de dupla tributação quando da percepção do benefício de complementação de aposentadoria. Precedente deste E. Tribunal.*

4. *Sentença mantida.*

(AC 2000.61.05.005949-0, Rel. Des. Federal Mairan Maia, 6ª Turma, DJ 01/06/2010)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. BENEFÍCIO POR DESLIGAMENTO. PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA BANESPREV. CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS EXCLUSIVAMENTE PELO PATROCINADOR. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

1. *O custeio do plano de suplementação de aposentadoria administrado pelo Fundo Banespa de Seguridade Social - BANESPREV, ficava a cargo do Banco do Estado de São Paulo - BANESPA que assumiu a totalidade dos encargos necessários à garantia do pagamento dos benefícios.*

2. *Quanto às contribuições dos empregadores aos programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes, a Lei nº 7.713/88, em seu art. 6º, VIII, prevê a isenção do imposto de renda no momento em que forem vertidas ao plano, porém, no momento do resgate dessas importâncias é devida a incidência, conforme previsão do artigo 31 do mesmo diploma legal*

3. *A Lei nº 9.250/95 em seu artigo 33 disciplinou a incidência do imposto de renda de modo que a tributação tivesse lugar somente no momento do resgate das contribuições ou por ocasião do recebimento do benefício, sejam eles provenientes das contribuições dos participantes ou dos patrocinadores. E assim o fez o legislador porque com a nova lei já não incidia mais o imposto de renda no momento da contribuição do empregado, pois possibilitava a dedução da base de cálculo, conforme previsão do artigo 4º, V, do mesmo diploma legal.*

4. *Apelação desprovida.*

(AC 2004.61.19.004761-1, Rel. Des. Federal Marcio Moraes, 3ª Turma, DJ 26/04/2010)

Ante o exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0050661-03.2004.4.03.6182/SP

2004.61.82.050661-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : PEDRO PAULO HYPOLITI
ADVOGADO : ANTONIA MASTROROSA RAMIRES DOS REIS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta por PEDRO PAULO HYPOLITI, contra sentença que julgou improcedentes os embargos para manter a multa de mora como instituída na CDA.

Em suas razões recursais, a embargante pugna pela total reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

Analisando as razões expandidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

O ordenamento adotado pelo art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

No tocante a Certidão de Dívida Ativa foi regularmente inscrita, apresentando todos os requisitos obrigatórios previstos nos artigos 2º, § 5º, da Lei n.º 6.830/80 e 202 do Código Tributário Nacional e goza de presunção de liquidez e certeza, somente ilidida por prova inequívoca a cargo da embargante, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da LEF, não produzida na espécie.

Ademais, refere-se a tributo que foi declarado pelo próprio contribuinte, de modo que a Fazenda Nacional só está cobrando o que foi confessado pela empresa e os acessórios devidos em lei.

Quanto à multa moratória, sua imposição objetiva penalizar o contribuinte em razão do atraso no recolhimento do tributo, sendo inaplicável na espécie a multa nos parâmetros do art. 52 do CDC, vez que se destinam apenas às relações de consumo, e, fixada em 20% (vinte por cento) está em consonância com a legislação aplicável aos débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REQUISITOS DA CDA. DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC.

1. Em execução fiscal é desnecessária a apresentação de demonstrativo de débito, nos termos do art. 614 do CPC, sendo suficiente a juntada da Certidão de Dívida Ativa - CDA, que observe o disposto no art. 2º da Lei nº 6.830/80.
 2. É devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal.
 3. Em se tratando de tributo lançado por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, fica elidida a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco quanto aos valores declarados.
 4. A declaração do contribuinte "constitui" o crédito tributário relativo ao montante informado e torna dispensável o lançamento.
 5. Recurso especial improvido.
- (REsp 693649/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 21/11/2005, p. 191)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. ARGÜIÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MULTA MORATÓRIA. ART. 52 DO CDC. INAPLICABILIDADE.

1. Não merece conhecimento o recurso especial fundado em alegação genérica ao artigo 535 do Digesto Processual Civil. Aplicação da Súmula 284/STF.
 2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ).
 3. "A redução da multa moratória para o percentual máximo de 2% (dois por cento), nos termos do que dispõe o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, com a redação alterada pela Lei nº 9.298/96, aplica-se apenas às relações de consumo, de natureza contratual, atinentes ao direito privado, não se aplicando às multas tributárias, que estão sujeitas a legislação própria" (REsp 674.882/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 14.02.05).
 4. Agravo regimental improvido."
- (AgRg no Ag 847574/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 14/05/2007, p. 271)

TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. MULTA. CUMULAÇÃO.

1. A cumulação de multa com juros de mora não configura bis in idem. Estes são devidos para compensar a perda financeira decorrente do atraso do pagamento, enquanto a multa tem finalidade punitiva ao contribuinte omissor.

2. *Recurso especial provido.*

(REsp 624880/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 08/02/2007, p. 314)

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00037 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0098482-85.2005.4.03.0000/SP

2005.03.00.098482-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : PASSARELA BAURU MODAS LTDA e outros
: RONISE FREDIANI MOTTA
: JAYME CORREA MOTA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SSJ - SP
No. ORIG. : 2002.61.08.003829-1 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) em face da decisão do Juízo Federal da 3ª Vara de Bauru/SP que determinou a exclusão do polo passivo da execução dos sócios Rosine Frediani Motta e Jayme Correa Motta.

Sustenta a agravante que o não-recolhimento dos tributos devidos caracteriza infração a lei, nos termos do artigo 135 do CTN. Requer a manutenção dos sócios no polo passivo da ação de execução.

Concedido o pedido de efeito suspensivo (fls.28/29).

Não localizados os agravados. Determinei o prosseguimento do feito independentemente de nova intimação, pois conforme nota "5c" ao artigo 527 do Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, 30ª edição, pág.548: "A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)."

É o relatório.

Decido.

Ação de execução fiscal que tem por objeto a cobrança de tributos arrecadados na sistemática do SIMPLES, relativos ao período de apuração/ano base/exercício de 1997/1998.

A título de argumentação, a responsabilidade solidária tratada nos artigos 8º do Decreto-Lei nº1.736/79 e 13 da Lei nº 8.620/93, há de ser interpretada em consonância com o inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional, não sendo possível sua aplicação, exclusivamente, com o disposto no inciso II do artigo 124 do CTN. Precedentes do STJ - Resp nº736428, DJ:21/08/2006, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS.

Dessa forma, tratando-se de contribuição destinada ao custeio da seguridade social ou o IPI aplica-se, quanto à responsabilidade dos sócios, o disposto no inciso III do artigo 135, do Código Tributário Nacional, que dispõe que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei. Gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, é a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente, ou a dissolução irregular da sociedade, sem a devida quitação dos tributos pelos representantes legais da empresa.

Conforme entendimento desta Sexta Turma, a dissolução irregular da sociedade somente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e a conseqüente substituição da responsabilidade tributária, desde que comprovada por documentos que indiquem o encerramento da empresa.

No caso vertente, não há demonstração neste sentido, uma vez que a União Federal não comprovou que os coexecutados tenham agido em violação ao artigo 135 do CTN, ou que a executada haja encerrado suas atividades de modo irregular, neste último caso, dando conta da certidão do Sr. Oficial de Justiça atestando o encerramento da sociedade.

É dever de o agravante instruir o agravo com as peças necessárias a alegação de seu direito, tudo nos termos do artigo 525, II, do CPC, sob pena de não-conhecimento do recurso.

Assim, se orienta o STJ:

"Agravo de instrumento. Instrução deficiente. Art. 525, II, do Cód. de Pr. Civil. Aplicação da Súmula 7. 1. A parte tem o dever de apresentar as peças obrigatórias e as facultativas (necessárias e úteis à compreensão da controvérsia) na formação do instrumento do agravo, sob pena de não-conhecimento do recurso. 2. No caso, entendendo o Tribunal de origem que, nos autos do agravo de instrumento a ele dirigido, não havia documentos que tornassem possível a análise dos corretos limites da pretensão, não há falar em ofensa ao art. 525, II, do Cód. de Pr. Civil, mas em reexame de provas (Súmula 7). 3. Nego provimento ao agravo regimental".

(AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 842404, 6ª Turma, DJ:10/09/2007, pág.00323, Rel. Ministro NILSON NAVES).

Ainda, de acordo com o STJ:

"TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE.

1. O simples indício de ter havido a dissolução irregular da empresa executada, por si só, não autoriza a pretensão de reconduzir o executivo fiscal contra os sócios da empresa. Mas se o indício se torna robusto, amparado por documentos que atestem o provável encerramento das atividades da empresa, torna-se possível autorizar o redirecionamento do executivo fiscal.

2. Recurso especial provido."

(REsp 826.791/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 26.05.2006 p. 251)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. 1. A certidão do oficial de justiça que atesta que a empresa não mais funciona no local indicado pressupõe o encerramento irregular da executada, tornando possível o redirecionamento contra o sócio-gerente, que deverá provar que não agiu com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1089399/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 23.10.2009; AgRg no REsp 1127936/PA, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5.10.2009; AgRg no REsp 1085943/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 18.9.2009. 2. Agravo regimental não provido."

(AGA n.1113154, 2ª T, DJE:05/05/2010, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

Por fim, consoante a Súmula nº430 do STJ: *"O inadimplemento de obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio gerente (Rel. Min. Luiz Fux, em 24/03/2010)".*

Isto posto, nego seguimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, com base no artigo 557, "caput", do CPC.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00038 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003314-89.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.003314-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : ASPEN CLINICA DE ORTOPEDIA LTDA

ADVOGADO : RODRIGO DO AMARAL FONSECA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, bem como o afastamento da retenção na fonte do PIS, CSLL e do IRPJ nos termos do art. 30 da Lei nº 10.833/03.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Em relação à retenção, cabe ressaltar que o artigo 30 da Lei 10.833/03 dispõe tão-somente de mera técnica fiscal concernente ao recolhimento da IRPJ, CSLL, COFINS e da contribuição devida ao PIS/PASEP, vez que permitida pelo art. 128 do CTN.

Também não há se falar em violação da Medida Provisória nº 135/2003, que resultou na edição da Lei nº 10.833/03, em face do artigo 246 da Constituição Federal.

Destarte, sequer vislumbro a inconstitucionalidade da retenção imposta pelo referido ato normativo em face do art. 246 da CF, tendo em vista que o instituto acima mencionado não encontra previsão no texto constitucional, razão pela qual a norma legal não regulamenta o texto constitucional de modo a ensejar a vedação imposta.

Nesse sentido, o magistério jurisprudencial desta Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CSLL. PIS. COFINS. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIOS DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Legitimidade da retenção das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, por ocasião do pagamento dos serviços prestados, prevista no art. 30, da Lei n.º 10.833/03, uma vez que se trata de hipótese de substituição tributária, prevista expressamente no art. 150, § 7.º, da CF e art. 121, parágrafo único, II, do CTN.

2. A responsabilidade tributária por substituição prevista na referida lei consiste em mecanismo destinado a otimizar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização de seu recolhimento, não implicando em ofensa aos princípios constitucionais tributários nem padecendo de vícios de ilegalidade.

3. No caso, relativamente aos pagamentos que efetuar à impetrante, o tomador do serviço, na qualidade de responsável tributário, fica obrigado por lei ao desconto das contribuições e respectivo recolhimento aos cofres públicos. Após, cabe ao contribuinte que sofreu a retenção proceder aos ajustes necessários, considerando-se que o montante retido caracteriza-se como antecipação do Imposto de Renda e das respectivas contribuições, a teor do art. 36 da Lei nº 10.833/2003.

4. A Lei nº 10.833/2003, originária da Medida Provisória nº 135/2003, com a sistemática prevista em seu art. 30, não criou novo tributo nem regulamentou aqueles já existentes, apenas dispôs sobre o regime legal de recolhimento das contribuições, mediante substituição tributária, portanto, inaplicável à hipótese o art. 246 da CF.

5. Apelação improvida.

(Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 294039, Processo: 2004.61.00.002980-0, UF: SP, Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 17/09/2009. Fonte: DJF3 CJI DATA:26/10/2009 PÁGINA: 550, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do caput do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00039 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008478-35.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.008478-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : FABIO GERALDO MAIA e outros
: FRANCISCO DE PAULA GONTIJO NETO
: GERALDO FERREIRA DAS NEVES
: GERALDO VERIANO ALVES
: HERBERT SPENCER CARVALHO COUTINHO
: IVONE MARTINS PEREIRA
: JOSE MARIA PADUA
: JOSE JOAQUIM VEIGA
ADVOGADO : ROSE CASSIA JACINTHO DA SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelos autores contra sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando afastar a incidência do imposto de sobre o resgate de contribuições a entidade de previdência privada, recebido por ocasião da rescisão do contrato de trabalho dos impetrantes, dado o seu caráter indenizatório.

Em suas razões recursais, requerem os apelantes a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que o benefício decorrente das contribuições do empregador a entidade de previdência privada não tem caráter indenizatório, pois o seu pagamento ao empregado decorre de plano previdenciário que não teria sido contratado no momento da demissão do empregado, mas apenas e tão-somente visando à formação de reservas para se assegurar benefícios monetários nos casos especificados no estatuto da entidade, conforme normas legais aplicáveis.

Cuida-se de plano anteriormente traçado, a fim de se garantir ao empregado o recebimento de montante que se calcula necessário a garantir-lhe certa estabilidade econômica em se completando as condições pactuadas. Não se confunde com mera liberalidade, cujo "quantum" estaria ao livre arbítrio do empregador.

Com efeito, a Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos por pessoas físicas de entidades de previdência privada relativamente ao valor cujo ônus tenha sido do participante.

Por outro lado, o artigo 32 da Lei nº 9.250/95 consagrou a isenção do imposto de renda relativamente aos rendimentos percebidos por pessoas físicas atinentes aos seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante, o que não se verifica nestes autos.

Frise-se, ainda, que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes eram isentas do imposto de renda, tudo de acordo com o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88, sendo certo que quando do resgate de referidas contribuições incidia a exação em comento, conforme preconizado no artigo 31 de mencionada lei, bem como no artigo 33 da Lei nº 9.250/95.

Ou seja, se não incidiu o imposto de renda sobre as parcelas vertidas pelo empregador ao plano de previdência privada, nada mais justo a incidência da exação quando de seu resgate.

Acerca do assunto, inclusive afastando a tese de que o "Benefício Diferido por Desligamento" possua caráter indenizatório, integrando o contrato de trabalho, anoto a seguinte orientação jurisprudencial:

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA - VERBAS INDENIZATÓRIAS - BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO - INDENIZAÇÃO ESPECIAL PAGA POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR - INCIDÊNCIA.

1. Quanto à gratificação por liberalidade da empresa - que ora denomina-se "benefício diferido por desligamento" -, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho, sem justa causa, a título de indenização especial, a Primeira Seção dirimiu a controvérsia afirmando, por maioria, a natureza não-indenizatória da referida gratificação, e, conseqüentemente, passível da incidência do imposto de renda. Precedentes.

2. Não procede a alegação de que existe precedente divergente, pois entendimento isolado trazido pelo recorrente não pode suplantar o entendimento pacificado desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 824.250/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008)

Assim também já decidiu a Sexta Turma desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. VERBAS ORIUNDAS DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. BENEFÍCIO DIFERIDO POR DESLIGAMENTO. VALORES ORIGINÁRIOS DO PATROCINADOR. INCIDÊNCIA.

1. Sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controverso, é cabível o mandado de segurança.

2. Não há que se falar em ausência de documentação para instruir o processo, já que o extrato da entidade de previdência privada referente às verbas recebidas pelo impetrante, colacionado aos autos, é instrumento hábil e suficiente ao deslinde da questão.

3. A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, reguladora do Regime de Previdência Complementar, prevê a isenção do imposto de renda para as contribuições vertidas pelo empregador (patrocinador), sobre as quais não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (art. 69, caput e § 1º). Todavia, quando do resgate das contribuições pelo beneficiário, sujeitam-se à tributação os valores recolhidos pelo patrocinador.

4. O art. 68 da Lei Complementar nº 109/01 dispõe que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

5. Os valores resgatados por se tratarem de benefício previdenciário não possuem caráter indenizatório, vez que, configuram acréscimo patrimonial ou aquisição de renda, e, desse modo, subsumem-se à hipótese de incidência do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do CTN, ainda que pagas quando da rescisão do contrato de trabalho.

6. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas.

(AMS 2001.61.00.001407-7, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, DJU 22/03/2005)

Nesse sentido, importa ressaltar o disposto no art. 68, da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que preceitua que as contribuições do empregador a planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes.

É de se sustentar, com espeque no artigo 68 da supracitada lei, que a existência de plano de benefício previdenciário complementar não guarda relação direta com a perda do vínculo empregatício ou com a existência de "campanhas" destinadas ao incentivo à demissão, uma vez que as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Pode-se afirmar, portanto, que o pagamento do benefício não visa, essencialmente, à compensação pela perda do emprego. Pelo contrário, a natureza é previdenciária e como tal há que ser tributado pelo imposto incidente sobre a renda.

Constata-se, pois, que houve acréscimo patrimonial, o qual faz nascer a obrigação tributária. Nem poderia ser diferente, sob pena de se alargar o conceito de indenização, abarcando as mais diversas situações fáticas.

Nesse sentido, nenhum valor recebido de instituição de previdência, pública ou privada, estaria sujeito à tributação.

Por outro lado, reporto-me ao art. 202, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe no mesmo sentido do aludido art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001, supra mencionado.

Ante o exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **nego seguimento** à apelação dos impetrantes, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00040 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010790-81.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.010790-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : CLARIANT S/A

ADVOGADO : PEDRO WANDERLEY RONCATO e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Vistos, etc.

Foi ajuizada mandado de segurança através do qual o contribuinte pleiteia o aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, nos termos do DL 461/69 nos últimos 10 anos, acrescidos de correção monetária e juros.

O MM. Juízo "a quo" denegou a segurança pleiteada.

Irresignado, o impetrante, em seu apelo, pugna pela reversão do julgado.

O MPF, em seu parecer, opina pelo provimento da apelação.

Relatado o necessário, decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais de Superposição.

De fato, a questão já não encontra divergência jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal pelo sistema dos recursos dotados de repercussão geral, na forma dos art. 543-A e 543-B, do CPC, concluiu que o crédito-prêmio do IPI deixou de vigorar 02 (dois) anos após da promulgação da Constituição Federal de 1988, isto é 05/10/1990, nos termos do artigo 41, §1º, do ADCT, vez que não foi confirmado por Lei.

Questão unânime em Plenário da Excelsa Corte:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido.

(RE 577348 -RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Plenário, 13.08.2009)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido.

(RE 561485 - RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Plenário, 13.08.2009).

Isto posto, diante da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nego seguimento à apelação, nos termos do art. 557, caput, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00041 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010893-88.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.010893-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : BRASIL TELECOM COMUNICACAO MULTIMIDIA LTDA

ADVOGADO : FABIANA DE SOUZA RAMOS

DECISÃO

Cuida-se da União Federal em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue o Autor ao recolhimento do PIS e da COFINS, nos termos do § 1º

do art. 3º da Lei 9.718/98, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição decenal, com parcelas vincendas de todos os tributos administrados pela SRF, acrescida da taxa SELIC.

Honorários advocatícios fixados 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada com o presente julgado, a União Federal interpôs Apelação sustentando a necessidade das guias DARF's originais. No mérito, tece considerações a respeito da prescrição quinquenal e constitucionalidade da Lei 9.718/98.

No que concerne à compensação, aduz que o pedido respectivo é indeterminado. No mais, aponta a inaplicabilidade da Lei 9.430/96 e de seu deferimento de maneira unilateral e genérica.

Por fim, pugna pela aplicação do art. 170-A do CTN, bem como da exclusão da taxa SELIC ou de sua utilização somente a partir do trânsito em julgado.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Nessa ordem de ideais, as preliminares não de ser peremptoriamente afastadas.

No que se refere ao argumento de ausência de documento original, cumpre salientar que todas as cópias de DARF's acostadas aos autos encontram-se devidamente autenticadas, sendo desnecessária a juntada do original, uma vez que a autenticação conferida por Cartório de Títulos e Documentos possui fé pública. (AgRg no Ag 1151733/SP, Rel.

Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 25/09/2009)

Ademais, o Código de Processo Civil dispõe expressamente em seu artigo 365:

"Fazem a mesma prova que os originais:

III - as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais."

Não merece melhor sorte a alegação de incerteza quanto ao pedido de compensação.

O autor, em seu petição, indica quais os créditos que pretende compensar, apontando quais os débitos que serão objeto do encontro de contas, amparando seu pedido na legislação em vigor, vale dizer, a Lei 9.430/96, com suas alterações posteriores.

Dessarte, noto que o pedido de compensação com outros tributos é certo e determinado, uma vez que a certeza advém da obrigação de não fazer, compelindo a ré a se abster quando da realização do procedimento compensatório com os parâmetros fixados pelo Poder Judiciário; enquanto sua determinação encontra-se presente na medida em que os tributos sobre os quais recairá a compensação está delimitado dentre aqueles administrados pela SRF.

Desse modo, passo ao exame do mérito para, desde logo, afastar a alegação consubstanciada na aplicação da prescrição quinquenal nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em homenagem à uniformização da matéria no âmbito do STJ.

A razão pela qual passo a comungar deste entendimento tem assento nas seguintes premissas:

Em primeiro lugar, deve-se acentuar que a EC 45/04, sem embargo das anteriores alterações legislativas a respeito, teve como apanágio alterar de modo contundente a função dos Tribunais Superiores acerca das funções que lhes competiam de molde a prestigiar a uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal.

Ao legislador ordinário, por sua vez, coube a tarefa de regular estes preceitos constitucionais dando-lhes efetividade.

Como exemplos, citam-se a regulamentação da súmula vinculante, repercussão geral e recursos repetitivos.

Com isso, os Tribunais de Superposição foram dotados de mecanismos processuais aptos a dar segurança a seus precedentes, firmando diretrizes seguras para os demais órgãos o Poder Judiciário em prol da celeridade na prestação jurisdicional, da segurança jurídica e da igualdade nas relações jurídicas quando submetidas ao crivo deste Poder.

Em segundo lugar, há que se destacar que, sobre esse tema, a jurisprudência, em especial a do STJ, oscilou ao longo do tempo, sem que se pudesse atestar, de maneira segura, a tese prevalecente acerca da prescrição na restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Todavia, com o advento da LC 118/05, após nova discepção a respeito do alcance dessa norma, o STJ, enfim, estabeleceu orientação uníssona sobre a matéria em de recurso representativo da controvérsia, a qual passo a adotar em respeito às alterações constitucionais alhures citada que privilegiam os precedentes jurisprudenciais. Eis o *leading case* citado no informativo 417/STJ:

RECURSO REPETITIVO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC N. 118/2005.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que, pelo princípio da irretroatividade, impõe-se a aplicação da LC n. 118/2005 aos pagamentos indevidos realizados após sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, visto ser norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva. Assim, tratando-se de pagamentos indevidos antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (9/6/2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a tese dos "cinco mais cinco", desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal, regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do CC/2002. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido. No caso, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os

recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27/11/2002, razão pela qual se conclui que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC n. 118/2005. Daí a tese aplicável ser a que considera os cinco anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais cinco anos referentes à prescrição da ação. Outrossim, destaque-se que, conquanto as instâncias ordinárias não mencionem expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que foram efetuados sob a égide da LC n. 70/1991, uma vez que a Lei n. 9.430/1996, vigente a partir de 31/3/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da Cofins. Precedente citado: AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.

Portanto, aplicar-se-á o prazo quinquenal a contar o pagamento indevido, nos moldes da LC 118/05, aos recolhimentos efetuados após o seu advento.

No que tange às parcelas anteriores, a conhecida tese denominada "cinco mais cinco" (cinco anos a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita) continua a reger tais relações na forma da jurisprudência consolidada pelo STJ.

Ultrapassada tal prejudicial, cabe ressaltar que, conquanto o veículo utilizado (lei ordinária) para regulamentar a COFINS e o PIS seja compatível com a Carta Constitucional, o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 por vício material, uma vez que a Emenda Constitucional nº 20/98 não teve o condão de convalidar os ditames legais acima mencionados, porquanto surgiu em desarmonia com o Texto Constitucional que à época vigorava.

Eis o teor do julgamento que ora se adota como paradigma:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. **TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO.** A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. **CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98.** A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

(RE 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170)

Desse modo, é de se considerar inconstitucional o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o recolhimento da COFINS e do PIS deveria ser feito considerando o conceito faturamento de que trata o 2º, "caput", da Lei Complementar nº 70/91 e a Lei 9.715/98, respectivamente.

Nesse diapasão, de molde a prestigiar a função uniformizadora da interpretação da legislação federal por meio do STJ, necessário alinhar as decisões desta E. Turma no sentido de permitir a compensação, disciplinando-a consoante lei vigente no momento da propositura da ação.

À guisa de ilustração, segue recente precedente da 1ª Seção da referida Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 720.966/ES, concluiu que:

- a) houve evolução legislativa em matéria de compensação de tributos (Leis 8.383/91, 9.430/96 e 10.637/2002);
- b) na vigência da Lei 8.383/91, somente é possível a compensação de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, vincendas e da mesma espécie, nos casos de pagamento indevido ou a maior;
- c) com o advento da Lei 9.430/96, o legislador permitiu que a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, autorizasse a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração;
- d) a Lei 10.637/02 (que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96), possibilitou a compensação de créditos, passíveis de restituição ou ressarcimento, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de requerimento do contribuinte;
- e) a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação;
- f) ausência de prequestionamento constitui-se óbice incontornável, sendo possível ao STJ apreciar a demanda apenas à luz da legislação examinada nas instâncias ordinárias.

2. Demanda ajuizada na vigência da Lei 9.430/96. Não restando abstraído, no acórdão do Tribunal de origem, que o recorrente requereu administrativamente à Secretaria da Receita Federal a compensação com tributos de espécies diversas, deve-se permitir a compensação do PIS apenas com débitos da mesma exação.

3. Embargos de divergência não providos.

EREsp 1018533 / SP

EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2008/0193450-3

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON

Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO

Fonte: DJe 09/02/2009

Nesse sentido, considerando que o ajuizamento da demanda deu-se na vigência da Lei 10.637/03, a compensação da COFINS e do PIS efetuar-se-á com parcelas vencidas e vincendas de todos os tributos administrados pela SRF. Quanto aos consectários legais, vale mencionar que a taxa SELIC a partir de janeiro de 1996 foi acolhida jurisprudência e utilizada como critério de correção monetária e juros pelo Provimento 561/07 do CJF, motivo pelo qual deve ser computada no montante a ser compensado.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - RECOLHIMENTO EM QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - POSSIBILIDADE - DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO - ART. 263 DO CPC - PROTOCOLO OU DESPACHO DO JUIZ - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - IPI - JUROS DE MORA - SELIC - ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, por ausência de previsão no art. 511 do Código Processo Civil, bem como no art. 2º da Lei n. 9.289/91, resolução de tribunal não pode restringir a possibilidade de se pagar o porte de remessa e retorno dos autos em qualquer agência da Caixa Econômica Federal.

2. "A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil." (REsp 598798/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21.11.2005).

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 2.5.2005, entendeu que, "na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido".

(EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

4. Para fins de correção monetária, deve ser aplicada a Tabela Única da Justiça Federal, editada por meio da Resolução 561 do Conselho da Justiça Federal, de 2.7.2007, atrelada à jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito.

Recurso especial provido.

(REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

Por fim, é de rigor a análise do art. 170-A do CTN à luz do entendimento unânime sobre o tema no âmbito do STJ, consoante os arestos abaixo colacionados submetidos à sistemática dos recursos representativos da controvérsia:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Uma vez que a ação foi ajuizada após vigência da LC 104/01, o encontro de contas iniciar-se-á após o trânsito em julgado.

Mantidos os honorários fixados em primeiro grau de jurisdição.

Isto posto, em face da posição pacífica do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, afasto as preliminares suscitadas e, no mérito, dou parcial provimento à apelação apenas para permitir a compensação após o trânsito em julgado, nos termos do 557, § 1º-A, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00042 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0020122-72.2005.4.03.6100/SP
2005.61.00.020122-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : UROCENTER PRESTACAO DE SERVICOS MEDICOS S/S LTDA
ADVOGADO : OSIEL REAL DE OLIVEIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ à alíquota de 8%, tendo em vista que os serviços da impetrante são equiparados a serviços hospitalares.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos, especializada em urologia.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. *Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.*
(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00043 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0020330-56.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.020330-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : CLINICA DRA DINORAH TOLENTINO PRIESTER LTDA
ADVOGADO : KLEBER DE NICOLA BISSOLATTI e outro
CODINOME : CLINICA DRA DINORAH TOLENTINO PRIESTER LTDA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, tendo em vista que os serviços da impetrante são equiparados a serviços hospitalares.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007) I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00044 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027827-24.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.027827-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : CIM CENTRO DE INVESTIGACOES MAMARIAS S/S LTDA
ADVOGADO : KLEBER DE NICOLA BISSOLATTI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, tendo em vista que os serviços da impetrante são equiparados a serviços hospitalares.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

*Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)
I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)*

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou

das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSSL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00045 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003402-21.2005.4.03.6103/SP
2005.61.03.003402-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : ALOISIO E NAZIR SERVICOS MEDICOS SOCIEDADE CIVIL LTDA
ADVOGADO : ISABELLA TIANO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, tendo em vista que os serviços da impetrante são equiparados a serviços hospitalares.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.
4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.
5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI N.º 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.
6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.
7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.
8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.
(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do caput do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00046 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006244-71.2005.4.03.6103/SP

2005.61.03.006244-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : SALOMON DOMINICIS SERVICOS MEDICOS LTDA
ADVOGADO : MARCELO MOREIRA MONTEIRO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, bem como o afastamento da retenção na fonte do PIS e da CSLL nos termos do art. 30 da Lei nº 10.833/03.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.
4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.
5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI N.º 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei n.º 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSSL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.
6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.
7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.
8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.
(AMS n.º 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Em relação à retenção, cabe ressaltar que o artigo 30 da Lei 10.833/03 dispõe tão-somente de mera técnica fiscal concernente ao recolhimento da IRPJ, CSLL, COFINS e da contribuição devida ao PIS/PASEP, vez que permitida pelo art. 128 do CTN.

Também não há se falar em violação da Medida Provisória n.º 135/2003, que resultou na edição da Lei n.º 10.833/03, em face do artigo 246 da Constituição Federal.

Destarte, sequer vislumbro a inconstitucionalidade da retenção imposta pelo referido ato normativo em face do art. 246 da CF, tendo em vista que o instituto acima mencionado não encontra previsão no texto constitucional, razão pela qual a norma legal não regulamenta o texto constitucional de modo a ensejar a vedação imposta.

Nesse sentido, o magistério jurisprudencial desta Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CSSL. PIS. COFINS. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIOS DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Legitimidade da retenção das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, por ocasião do pagamento dos **serviços** prestados, prevista no art. 30, da Lei n.º 10.833/03, uma vez que se trata de hipótese de substituição tributária, prevista expressamente no art. 150, § 7.º, da CF e art. 121, parágrafo único, II, do CTN.

2. A responsabilidade tributária por substituição prevista na referida lei consiste em mecanismo destinado a otimizar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização de seu recolhimento, não implicando em ofensa aos princípios constitucionais tributários nem padecendo de vícios de ilegalidade.

3. No caso, relativamente aos pagamentos que efetuar à impetrante, o tomador do serviço, na qualidade de responsável tributário, fica obrigado por lei ao desconto das contribuições e respectivo recolhimento aos cofres públicos. Após, cabe ao contribuinte que sofreu a retenção proceder aos ajustes necessários, considerando-se que o montante retido caracteriza-se como antecipação do Imposto de Renda e das respectivas contribuições, a teor do art. 36 da Lei n.º 10.833/2003.

4. A Lei n.º 10.833/2003, originária da Medida Provisória n.º 135/2003, com a sistemática prevista em seu art. 30, não criou novo tributo nem regulamentou aqueles já existentes, apenas dispôs sobre o regime legal de recolhimento das contribuições, mediante substituição tributária, portanto, inaplicável à hipótese o art. 246 da CF.

5. Apelação improvida.
(Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 294039, Processo: 2004.61.00.002980-0, UF: SP, Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 17/09/2009. Fonte: DJF3 CJI DATA:26/10/2009 PÁGINA: 550, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00047 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000110-77.2005.4.03.6119/SP
2005.61.19.000110-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OLGA S/A IND/ E COM/
ADVOGADO : CLAUDIA ANTUNES MORAIS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE GUARULHOS > 19 SJJ > SP
DECISÃO

Trata-se de apelação da União Federal de sentença que concedeu a ordem, em mandado de segurança impetrado objetivando que o Delegado da Receita Federal em Guarulhos proceda a imediata análise de pedido de restituição de imposto de renda na fonte, sobre o lucro líquido, protocolado há mais de três anos.

Decido.

Consoante se depreende dos autos, o magistrado de primeiro grau deferiu a liminar, garantindo à parte impetrante a análise e conclusão de seu pedido de restituição nº 10875.003901/2001-15, no prazo de 30 dias, sob pena de fixação de multa diária no valor de R\$ 100,00.

A liminar foi confirmada pela sentença que concedeu a segurança, e julgou procedente o presente mandamus com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I do CPC.

A autoridade impetrada manifesta-se às fls. 77/79, informando que os atos exigidos pela sentença já foram praticados dentro do prazo estipulado (em 29/07/2005), não cabendo a aplicação de qualquer multa.

A União Federal, apela requerendo que a sentença seja reformada, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI do CPC, por perda de objeto.

Entendo não ser o caso de extinção sem resolução do mérito uma vez que o direito foi reconhecido na sentença, e que na ocasião da impetração, não houve outra alternativa para a impetrante fazer valer seu direito, senão ingressar em Juízo.

Considerando a situação fática consolidada nos autos, bem como o evidente esvaziamento do objeto da demanda, ao meu ver resta prejudicada a apreciação da questão ora debatida, não se mostrando de nenhuma utilidade o reexame da sentença que determinou a análise e conclusão do pedido de restituição.

Ante o exposto, **nego seguimento à apelação** e à remessa oficial, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil e artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Corte.

Publique-se.

Cumpridas as formalidades devidas, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00048 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032589-31.2005.4.03.6182/SP
2005.61.82.032589-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : MECANICA TORMAL LTDA
ADVOGADO : JOAQUIM SERGIO PEREIRA DE LIMA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta por MECÂNICA TORMAL LTDA, contra sentença que julgou extinto com resolução de mérito os embargos à execução fiscal para declarar constitucional a taxa - Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC - como índice de correção monetária. Condenação nos termos do Decreto-lei nº 1.025/69.

Em suas razões recursais, a embargante pugna pela total reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório

DECIDO.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo é parcialmente procedente, nos termos que passo a fundamentar.

O comando atual do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

No tocante a incidência da taxa SELIC sobre o valor dos débitos exequendos é legítima, pois composta de taxa de juros e correção monetária, a partir de 1º de janeiro de 1996. Inadmissível sua cumulação com quaisquer outros índices de correção monetária e juros, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de capitalização de juros e de ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSENSO.

1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade.

2. A jurisprudência da Primeira Seção, não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública.

3. A utilização da taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: AgRg no Ag 649.394/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ

21.11.2005; REsp 586.219/MG, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02.05.2005; EREsp 419.513/RS, Min. JOSÉ DELGADO, DJ 08.3.2004).

(...)

10. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009) "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - TAXA SELIC - EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL - APLICABILIDADE.

1. A eg. Primeira Seção deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa SELIC sobre débitos e créditos tributários.

2. É possível a utilização da Taxa Selic na atualização monetária de créditos tributários federais, e, havendo lei do ente federativo, em relação também aos estaduais e municipais. Precedentes.

3. Recurso especial provido."

(STJ, REsp 1099363/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 27/05/2009)

Por fim, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 1.025/69 e legislação posterior, é devido nas execuções fiscais promovidas pela União Federal, destinando-se a custear as despesas com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, quando os embargos forem julgados improcedentes ou mesmo parcialmente procedentes. Súmula n. 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Em face das peculiaridades do processo executivo, a exigência não constitui violação à Carta Magna e a princípios constitucionais, processuais ou tributários. Nesse sentido: (STJ, REsp 1113952/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009).

Em face de todo o exposto, nos termos do CPC, art. 557, nego seguimento à apelação.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00049 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000904-24.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.000904-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : RETIFICADORA JOALWA LTDA
ADVOGADO : PAULO ROBERTO MARTINS e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária por meio da qual o contribuinte visa, sob o pálio da isonomia, repetir os valores indevidamente recolhidos, de modo que se estenda a isenção da COFINS conferida às instituições financeiras, nos termos do art. 11, parágrafo único, da LC 70/91.

O MM. Juízo "a quo" julgou improcedente o pedido, condenando o autor em custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Em sede de apelação, o autor pugna pela reversão do julgado.

Por sua vez, a União Federal, em seu recurso, busca majorar os honorários advocatícios.

É o sucinto relatório. Decido.

De início, constato que não há tratamento anti-isonômico destinado às instituições financeiras, pois a fixação de deduções para estas classes de contribuintes não configura situação desigual, vedada pelo Texto Constitucional. Dessa forma, não há que se falar em desigualdade já que tais setores econômicos dispõem de peculiaridades aptas a embasar o tratamento dispare que lhes é atribuído, restando atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Aliás, estes preceitos de alto grau de abstração impõem aos atos normativos adequação aos fins a que se destinam, de tal modo que condicionam e limitam o alcance da atividade legiferante quando institui tratamentos diferenciados ao argumento de efetivação do princípio da isonomia em sua acepção material.

Dessarte, sopesando-se os princípios constitucionais em comento, não se vislumbra inconstitucionalidade alguma no tratamento diferenciado em relação setores econômicos em cotejo.

Ademais, a própria Constituição, especialmente em relação às contribuições sociais, faculta ao legislador a possibilidade de instituir alíquotas de base de cálculos diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra (art. 195, § 9º).

Não é outro o entendimento da jurisprudência desta E. Sexta Turma e de outras Cortes Regionais, conforme aresto a seguir transcrito:

TRIBUTÁRIO - CSSL - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - ALÍQUOTA DIFERENCIADA - LEI Nº 9.249/95 - EC 10/96 - AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ANTERIORIDADE NONAGESIMAL.

1. A constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro prevista no artigo 1o da Lei 7.689/88 foi expressamente reconhecida pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE 146.733-9/SP, de relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso.

2. A majoração da alíquota da CSSL combatida pelo impetrante veio prevista primeiro pelo artigo 11 da Lei Complementar 70/91 (23%) e depois pelo inciso III do artigo 72 do ADCT por força da Emenda Constitucional de Revisão n.01 (30%), tendo sua aplicação a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores à sua promulgação (ocorrida em 01 de março de 1.994). A Emenda Constitucional n.10/96 fixou-a em 30% e a Lei 9.316/96 reduziu-a para 18% a partir de janeiro de 1.997.

3. A Emenda Constitucional 10/96 não acarretou a prorrogação da contribuição prevista na emenda constitucional de revisão n.01/94, que já se encontrava extinta pelo decurso do tempo. Contudo, inviável a aplicação de seus efeitos de forma retroativa para 01.01.96, devendo ser observada a anterioridade nonagesimal, prevista no parágrafo 1o do artigo 72 do ADCT, razão pela qual vigorou a partir de 01.07.96.

4. Nesse sentido, vigorou, após o prazo fixado na Emenda Constitucional de Revisão 01/94, a alíquota de 18% prevista na Lei 9.249/95 a partir de janeiro de 1.996, até a entrada em vigor da norma prevista na EC 10/96, a partir de 01.07.96.

5. O princípio da isonomia previsto no inciso II do artigo 150 da CF veda a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida a distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida. Conclui-se, portanto, que há possibilidade de tratamento diferenciado quando a tributação envolve pessoas que gozam de situação particularizada e se sujeitam a regime jurídico específico, como as instituições financeiras.

6. Precedentes desta Corte Regional

Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 191446

Processo: 1999.03.99.058590-0 UF: SP

Órgão Julgador: SEXTA TURMA

Data do Julgamento: 06/11/2008

Fonte: DJF3 DATA:05/12/2008 PÁGINA: 759

Relator: JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO

Ainda que assim não fosse, o caput da norma atraca, ao majorar em oito pontos percentuais a CSSL, busca imprimir uma maior arrecadação em face das instituições financeiras, dada a sua sobrepujante capacidade contribuinte constatada através dos vultosos lucros auferidos ao final de cada exercício.

Por fim, imperioso salientar que o STF já teve oportunidade de rechaçar idêntico pleito, ao argumento de que o Poder Judiciário, em caso de emanar decisão favorável à tese do contribuinte, atuaria como legislador positivo na medida em que requer a extensão do benefício a contribuintes não contemplados pela ordem jurídica posta, sob o pálio da isonomia, o que ofenderia, por conseguinte, o Princípio da repartição dos Poderes.

À guisa de ilustração, segue abaixo a ementa que bem representa a controvérsia ora suscitada:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS.

EXTENSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. O acolhimento da postulação da autora --- extensão do tratamento tributário diferenciado concedido às instituições financeiras, às cooperativas e às revendedoras de carros usados, a título do PIS/PASEP e da COFINS --- implicaria converter-se o STF em legislador positivo. Isso porque se pretende, dado ser ínsita a pretensão de ver reconhecida a inconstitucionalidade do preceito, não para eliminá-lo do mundo jurídico, mas com a intenção de, corrigindo eventual tratamento adverso à isonomia, estender os efeitos da norma contida no preceito legal a universo de destinatários nele não contemplados. Precedentes. Agravo regimental não provido.(RE 402748 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-07 PP-01364)

Por outro lado, a r. sentença está a merecer reforma no tocante aos honorários advocatícios, uma vez que sua fixação no importe de R\$ 3.000,00, neste caso concreto, não atende aos requisitos a se referem as alíneas do § 3º, art. 20, do CPC. Destarte, considerando o valor atribuído à causa (R\$ 66.400,85), demonstrando sua importância, além do zelo profissional dos patronos da ré constatado pela regular condução do processo, a majoração da verba honorária é de rigor, observando-se a prudência, o bom senso e a razoabilidade que integram o conceito de equidade (a que alude o §

4º do citado art. 20 do CPC) utilizado nas ações em que inexistente condenação, conforme determina a jurisprudência do STJ a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COFINS - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO - REVISÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO POR EQUIDADE - VEDAÇÃO AO REEXAME DE FATOS E PROVAS - SÚMULA 7/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento.

3. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que é cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios quando acolhida a exceção de pré-executividade.

4. A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado.

5. No juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo.

6. Assim, aferir ou alterar o quantum fixado implica o revolvimento do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que encontra óbice no constante na Súmula 7/STJ.

7. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

8. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa parte, não providos.

(REsp 1028066/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009)

Isto posto, diante da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nego seguimento à apelação do autor, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, e dou provimento à apelação da União Federal para majorar os honorários advocatícios ao importe de 10% do valor causa, com esteio no § 1º-A do mesmo dispositivo legal.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00050 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004255-05.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.004255-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : VERA LUCIA LANGANKE MUNDIE
ADVOGADO : CARLOS SUPLICY DE FIGUEIREDO FORBES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e remessa oficial submetida em face de sentença que, em mandado de segurança, julgou procedente o pedido e concedeu a ordem, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre a verba denominada "indenização do contrato diretivo", recebida pelo impetrante por ocasião da rescisão de seu contrato de trabalho.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que a verba recebida não tem caráter indenizatório, constituindo hipótese de incidência do IR.

É o relatório. **Decido.**

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de "indenização do contrato diretivo" em rescisão de contrato de trabalho.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda incide sobre as verbas recebidas por força da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, quando pagas por liberalidade do empregador, vez que tais importâncias representam acréscimo patrimonial tipificado no art. 43 do CTN. Vale conferir o precedente citado, *verbis* :

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. 'INDENIZAÇÃO ESPECIAL'. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA.

(...)

2. Deveras, em face de sua natureza salarial, incide a referida exação:

a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (...);

b) sobre o adicional noturno (...);

c) sobre a complementação temporária de proventos (...);

d) sobre o décimo-terceiro salário (...);

e) sobre a gratificação de produtividade (...);

f) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (...);

g) sobre horas extras (...)

3. *In casu*, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de 'indenização especial', em reconhecimento por relevantes serviços prestados à empresa, não tem natureza indenizatória, sujeitando-se, assim, a incidência do Imposto de Renda.

4. *Embargos de Divergência rejeitados, divergindo do E. Relator.*" (REsp 775.701, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão

Min. Luiz Fux, DJ 1.8.2006.)

Nesse sentido também é o seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. LIBERALIDADE DO EMPREGADOR.

1. *Sofre incidência de imposto de renda gratificação por tempo de serviço paga mensalmente a empregado em razão dos anos trabalhados, tendo em vista que se trata de retribuição paga por liberalidade do empregador pelo serviço prestado, e não de indenização.*

2. *Recurso especial não-provido.*"

(REsp 382.476/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7.3.2006, DJ 7.4.2006.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **dou provimento** à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, para denegar a segurança.

Incabível a condenação em honorários advocatícios, com fundamento na Súmula 512 do STF.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00051 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005535-11.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.005535-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : CEONG CLINICA DE OUVIDO NARIZ E GARGANTA S/C LTDA

ADVOGADO : EDUARDO GONZAGA OLIVEIRA DE NATAL e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, tendo em vista que os serviços da impetrante são equiparados a serviços hospitalares.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infraleais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora

pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do caput do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00052 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009178-74.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.009178-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MARDONE ALVES DA SILVA e outros
: LUIS APARECIDO DAVASIO JUNIOR
ADVOGADO : LEILA FARES GALASSI DE OLIVEIRA e outro
APELADO : CLOVIS PEREIRA
ADVOGADO : LEILA FARES GALASSI DE OLIVEIRA
APELADO : JULIO CORREA FILHO
ADVOGADO : CLAUDIO LUIZ ESTEVES

APELADO : HORTENSIA PASCUAL GAVA
ADVOGADO : LEILA FARES GALASSI DE OLIVEIRA e outro
DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e de apelação da União Federal contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação ordinária, afastando a incidência do imposto de renda sobre os valores pagos a título de férias vencidas e indenizadas e 1/3 das férias vencidas indenizadas, condenando à ré a restituir os valores retidos a este título.

É o relatório. Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda não incide sobre verbas indenizatórias relativas ao abono pecuniário de férias, e sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seu respectivo adicional. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. Não incide Imposto de Renda sobre valores recebidos a título de abono pecuniário de férias, por ter caráter indenizatório e não constituir acréscimo patrimonial. Precedentes do STJ.

2. No que tange ao termo inicial dos juros de mora, inexistente interesse recursal, uma vez que a decisão agravada, consoante jurisprudência do STJ, consignou que esses incidem a partir do trânsito em julgado da sentença, no percentual de 1% ao mês (arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN).

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no REsp 595.643/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 24.3.2009.)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade

provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;

b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;

c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;

d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - **não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor**, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Isto posto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e Súmula n° 253 do STJ, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00053 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0020110-24.2006.4.03.6100/SP

2006.61.00.020110-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : JBS S/A

ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS E SILVA e outro

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Vistos, etc.

Foi ajuizada ação ordinária, na qual o contribuinte pleiteia o creditamento do crédito-prêmio do IPI, nos termos do DL 461/69, bem como compensar os valores correspondentes com o imposto devido em suas operações internas ou com outros tributos administrados pela SRF, acrescidos de correção monetária.

O MM. Juízo "a quo" julgou improcedente o pedido da autora, condenando-a ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Irresignado, o autor, em seu apelo, pugna pela reversão do julgado.

Por sua vez, a União Federal, em seu recurso, pleiteia a majoração dos honorários advocatícios.

Relatado o necessário, decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais de Superposição.

De fato, a questão já não encontra divergência jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal pelo sistema dos recursos dotados de repercussão geral, na forma dos art. 543-A e 543-B, do CPC, concluiu que o crédito-prêmio do IPI deixou de vigorar 02 (dois) anos após da promulgação da Constituição Federal de 1988, isto é 05/10/1990, nos termos do artigo 41, §1º, do ADCT, vez que não foi confirmado por Lei.

Questão unânime em Plenário da Excelsa Corte:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido.

(RE 577348 -RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Plenário, 13.08.2009)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO

DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido. (RE 561485 - RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Plenário, 13.08.2009).

Por outro lado, a r. sentença está a merecer reforma no tocante aos honorários advocatícios, uma vez que sua fixação no importe de R\$ 5.000,00, neste caso concreto, não atende aos requisitos a se referem as alíneas do § 3º, art. 20, do CPC. Destarte, considerando o valor atribuído à causa (R\$ 191.538,00, em outubro de 2006 - fls. 71/75 dos autos), demonstrando sua importância, além do zelo profissional dos patronos da ré constatado na condução do processo, a majoração da verba honorária é de rigor, observando-se a prudência, o bom senso e a razoabilidade que integram o conceito de equidade (a que alude o § 4º do citado art. 20 do CPC) utilizado nas ações em que inexistente condenação, conforme determina a jurisprudência do STJ a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - COFINS - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO - REVISÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO POR EQUIDADE - VEDAÇÃO AO REEXAME DE FATOS E PROVAS - SÚMULA 7/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento.

3. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que é cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios quando acolhida a exceção de pré-executividade.

4. A teor do art. 20, § 4º, do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a verba honorária será fixada mediante apreciação equitativa do magistrado.

5. No juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo.

6. Assim, aferir ou alterar o quantum fixado implica o revolvimento do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que encontra óbice no constante na Súmula 7/STJ.

7. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

8. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa parte, não providos.

(REsp 1028066/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009)

Isto posto, diante da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nego seguimento à apelação do autor, nos termos do art. 557, caput, do CPC, e dou provimento à apelação da União Federal para majorar os honorários advocatícios ao importe de 10% do valor causa, limitado a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com esteio no § 1º-A do mesmo dispositivo legal.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00054 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001177-91.2006.4.03.6103/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : CONVENIO SERVICOS MEDICOS S/C LTDA
ADVOGADO : RODRIGO DO AMARAL FONSECA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, bem como o afastamento da retenção na fonte do PIS e da CSLL nos termos do art. 30 da Lei nº 10.833/03.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE

DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Em relação à retenção, cabe ressaltar que o artigo 30 da Lei 10.833/03 dispõe tão-somente de mera técnica fiscal concernente ao recolhimento da IRPJ, CSLL, COFINS e da contribuição devida ao PIS/PASEP, vez que permitida pelo art. 128 do CTN.

Também não há se falar em violação da Medida Provisória nº 135/2003, que resultou na edição da Lei nº 10.833/03, em face do artigo 246 da Constituição Federal.

Destarte, sequer vislumbro a inconstitucionalidade da retenção imposta pelo referido ato normativo em face do art. 246 da CF, tendo em vista que o instituto acima mencionado não encontra previsão no texto constitucional, razão pela qual a norma legal não regulamenta o texto constitucional de modo a ensejar a vedação imposta.

Nesse sentido, o magistério jurisprudencial desta Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CSLL. PIS. COFINS. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIOS DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Legitimidade da retenção das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, por ocasião do pagamento dos **serviços** prestados, prevista no art. 30, da Lei n.º 10.833/03, uma vez que se trata de hipótese de substituição tributária, prevista expressamente no art. 150, § 7.º, da CF e art. 121, parágrafo único, II, do CTN.

2. A responsabilidade tributária por substituição prevista na referida lei consiste em mecanismo destinado a otimizar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização de seu recolhimento, não implicando em ofensa aos princípios constitucionais tributários nem padecendo de vícios de ilegalidade.

3. No caso, relativamente aos pagamentos que efetuar à impetrante, o tomador do serviço, na qualidade de responsável tributário, fica obrigado por lei ao desconto das contribuições e respectivo recolhimento aos cofres públicos. Após, cabe ao contribuinte que sofreu a retenção proceder aos

ajustes necessários, considerando-se que o montante retido caracteriza-se como antecipação do Imposto de Renda e das respectivas contribuições, a teor do art. 36 da Lei nº 10.833/2003.

4. A Lei nº 10.833/2003, originária da Medida Provisória nº 135/2003, com a sistemática prevista em seu art. 30, não criou novo tributo nem regulamentou aqueles já existentes, apenas dispôs sobre o regime legal de recolhimento das contribuições, mediante substituição tributária, portanto, inaplicável à hipótese o art. 246 da CF.

5. Apelação improvida.

(Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 294039, Processo: 2004.61.00.002980-0, UF: SP, Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 17/09/2009. Fonte: DJF3 CJI DATA:26/10/2009 PÁGINA: 550, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00055 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0011087-24.2006.4.03.6110/SP
2006.61.10.011087-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : LUCIANO JOSE CARACO
ADVOGADO : FABIO GARUTI MARQUES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SOROCABA > 10ª SJJ> SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e de apelações de ambas as partes contra sentença que concedeu parcialmente a ordem em mandado de segurança, afastando a incidência do imposto de renda sobre verbas relativas a férias vencidas indenizadas e adicional de um terço.

É o relatório. Decido.

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de férias indenizadas, por não terem sido gozadas, férias proporcionais indenizadas e respectivos abonos de 1/3 sobre as férias.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda não incide sobre verbas indenizatórias relativas ao abono pecuniário de férias, e sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seu respectivo adicional. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. Não incide Imposto de Renda sobre valores recebidos a título de abono pecuniário de férias, por ter caráter indenizatório e não constituir acréscimo patrimonial. Precedentes do STJ.

2. No que tange ao termo inicial dos juros de mora, inexistente interesse recursal, uma vez que a decisão agravada, consoante jurisprudência do STJ, consignou que esses incidem a partir do trânsito em julgado da sentença, no percentual de 1% ao mês (arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN).

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no REsp 595.643/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 24.3.2009.)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade

provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da

renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;

b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;

c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;

d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - **não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor**, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Isto posto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e Súmula nº 253 do STJ, nego seguimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e dou provimento ao recurso do impetrante, para o fim de afastar a incidência do imposto de renda sobre férias proporcionais indenizadas e respectivo adicional de um terço.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00056 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000756-68.2006.4.03.6114/SP

2006.61.14.000756-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : ANTONIO AFONSO DA SILVA

ADVOGADO : CLAYTON EDUARDO CASAL SANTOS e outro

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SIMONE APARECIDA VENCIGUERI AZEREDO
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de apelações interpostas pelas partes e remessa oficial submetida em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, em mandado de segurança, para afastar a cobrança do imposto de renda sobre o pagamento de adicional de periculosidade, por força de reclamação trabalhista.

Em suas razões recursais, sustenta o impetrante a possibilidade de compensação dos créditos, com base na Súmula nº 213 do STJ.

A União Federal, por sua vez, sustenta a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas em ação trabalhista, por terem natureza salarial.

É o sucinto relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

O cerne da questão está em se definir qual a natureza das quantias recebidas, se tem caráter salarial ou indenizatório.

O artigo 6º, inciso V, da Lei nº 7.713/88, assim dispõe:

" Artigo 6º- Ficam isentos do Imposto de Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

V- a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço."

No caso em tela, a discussão recai sobre o imposto de renda incidente sobre a importância paga a título de adicional de periculosidade.

O adicional de periculosidade tem natureza remuneratória, uma vez que complementa o salário em virtude de determinadas condições que impliquem risco à saúde ou integridade física do trabalhador.

Não há como se amparar a pretensão de excluir do pagamento de diferenças salariais decorrentes de adicional de periculosidade reconhecido como devido pela Justiça do Trabalho da incidência do Imposto de Renda, pois o fato gerador do tributo ocorreu, nos termos do art. 43 do CTN e Lei nº 7.713/88.

A jurisprudência é firme no sentido de que as verbas recebidas pelo empregado, referentes ao adicional de periculosidade, possuem natureza remuneratória, constituindo, portanto, acréscimo patrimonial a ensejar a incidência do imposto de renda. Assim temos, ilustrativamente, os seguintes julgados do STJ e desta Corte:

TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. VERBA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

I - Por possuir o adicional de periculosidade natureza salarial, ainda que pago a destempo, no caso, em virtude de provimento de reclamação trabalhista, deve sofrer a incidência do imposto de renda, o qual detém como fato gerador justamente o acréscimo patrimonial. Precedente: REsp 356.740/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 06.04.2006.

II - Entendimento pacífico nesta Corte acerca do cabimento da aplicação da Taxa SELIC na atualização dos débitos fiscais dos contribuintes perante a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no REsp 908.959/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 18.03.2008; REsp 665.320/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03.03.2008; AgRg no Ag 915.013/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 28.02.2008 e AgRg no Ag 923.312/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 06.11.2007.

III - Recurso especial improvido.

(REsp 1040773/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 05/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA 284/STF POR ANALOGIA - IMPOSTO DE RENDA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - NATUREZA REMUNERATÓRIA - INCIDÊNCIA - PAGAMENTO ACUMULADO - ALÍQUOTA.

1, Considera-se deficiente a fundamentação se o dispositivo trazido como violado não sustenta a tese defendida no recurso especial, aplicando-se, por analogia, a Súmula 284/STF.

2. Incide Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de adicional de periculosidade, ainda que pagos a destempo, tendo em vista a sua natureza remuneratória. Precedente do STJ.

3. Esta Corte firmou o entendimento de que, quando os rendimentos são pagos acumuladamente, no desconto do imposto de renda devem ser observados os valores mensais e não o montante global auferido, aplicando-se as tabelas e alíquotas referentes a cada período.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1162729/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA PESSOA FÍSICA. VALORES REFERENTES A ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E REFLEXOS. ACORDO HOMOLOGADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA. CARÁTER SALARIAL. INCIDÊNCIA.

I - O adicional de periculosidade é um acréscimo ao salário-base do empregado que trabalha em locais comprovadamente perigosos e exerce atividades consideradas perigosas de acordo com a lei, o que evidencia seu caráter salarial. Trata-se de uma compensação que se dá ao trabalhador por estar exposto a determinadas situações que colocam em risco sua saúde ou integridade física.

II - Precedentes desta Corte.

III - Apelação improvida.

(AMS 2006.61.14.001468-0, Rel. Des. Federal Regina Costa, 6ª Turma, DJ 28/09/2009)

Diante do exposto, com base na jurisprudência acima colacionada, **dou provimento** à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, para denegar a segurança, e **nego seguimento** à apelação do impetrante, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo, em razão da sua manifesta prejudicialidade.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00057 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006771-53.2006.4.03.6114/SP

2006.61.14.006771-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : ENDOSCOPIA MEDICINA ESPECIALIZADA S/C LTDA
ADVOGADO : MARCELO MOREIRA MONTEIRO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, tendo em vista que os serviços da impetrante são equiparados a serviços hospitalares.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infralegais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSLL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.

6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.

7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.

8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.

(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00058 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007484-28.2006.4.03.6114/SP

2006.61.14.007484-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : EDSON NUNES BRESSON e outros
: ARLINDO CAPELLARI
: EDSON ROBERTO BRANCALION
ADVOGADO : MARIA HELENA PURKOTE e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e de apelação da União Federal contra sentença que concedeu a ordem em mandado de segurança, afastando a incidência do imposto de renda sobre os valores pagos a título de férias indenizadas, vencidas e proporcionais, assim como sobre as integrações legais de férias (vencidas e proporcionais) e a liquidação do banco de horas.

É o relatório. Decido.

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de férias indenizadas, vencidas e proporcionais, assim como sobre as integrações legais de férias (vencidas e proporcionais) e a liquidação do banco de horas.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda não incide sobre verbas indenizatórias relativas ao abono pecuniário de férias, e sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seu respectivo adicional. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. Não incide Imposto de Renda sobre valores recebidos a título de abono pecuniário de férias, por ter caráter indenizatório e não constituir acréscimo patrimonial. Precedentes do STJ.

2. No que tange ao termo inicial dos juros de mora, inexistente interesse recursal, uma vez que a decisão agravada, consoante jurisprudência do STJ, consignou que esses incidem a partir do trânsito em julgado da sentença, no percentual de 1% ao mês (arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN).

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no REsp 595.643/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 24.3.2009.)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

- a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;
- b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;
- c) horas extras;
- d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;
- e) adicional noturno;
- f) complementação temporária de proventos;
- g) décimo-terceiro salário;
- h) gratificação de produtividade;
- i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

- a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;
- b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;
- c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;
- d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;
- e) abono pecuniário de férias;
- f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;
- g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - **não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor**, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Isto posto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil e Súmula nº 253 do STJ, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00059 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000655-04.2006.4.03.6123/SP

2006.61.23.000655-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : CLINICA DE GINECOLOGIA E OBSTETRICIA NOVA G E O S/C LTDA
ADVOGADO : RICARDO JOSUE PUNTEL e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido, em ação de rito ordinário objetivando o reconhecimento da aplicabilidade do art. 15, § 1º, inciso III, "a", da Lei nº 9.249/95 e IN nº 306/03 da SRF, garantindo-se os recolhimentos futuros a razão de 8% para o IRPJ e 12% para a CSLL, bem como a restituição dos valores indevidamente pagos a maior.

Em suas razões recursais, pugna a apelante pela reversão total do julgado, porquanto, para efeitos de tributação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, a recorrente presta serviços equiparados a hospitalares. É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa de 32% (trinta e dois por cento) para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infr legais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a autora é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de

cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.

4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.

5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Ante o exposto, com base no precedente jurisprudencial acima transcrito, **nego seguimento** à apelação da autora, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00060 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003827-68.2006.4.03.6182/SP
2006.61.82.003827-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : RFM PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : ADRIANA CERQUEIRA ACEDO e outro

DESPACHO

Fls.125/129.Reconsidero a decisão de fls.122, uma vez que a executada não comprovou ter requerido a baixa no Serasa. Além disso, uma vem informado o referido órgão não cumpre a União o desfazimento de ato de terceiros. Baixem os autos à origem, nos termos da decisão de fls.107.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00061 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011552-11.2006.4.03.6182/SP
2006.61.82.011552-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : ULM QUIMICA LTDA
ADVOGADO : RAQUEL MANCEBO LOVATTO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 00115521120064036182 11F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Oficie-se ao Juízo de Origem, para que informe sobre a notícia de pagamento no executivo fiscal, solicitando breve desfecho, vez que os presentes autos pertencem à meta 2 e foi retirado de pauta por força da petição de fls.108 e

seguintes, que dão conta do pagamento efetuado em setembro de 2009, com petição protocolada nesse Juízo desde março de 2010.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00062 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0056201-61.2006.4.03.6182/SP
2006.61.82.056201-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : LABPLAS COML/ LTDA e outro
: LUIZ EDUARDO DE NICOLA
ADVOGADO : VICENTE AUGUSTO GARCIA DE NICOLA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta em face da sentença, que declarou extinto o processos, com fundamento nos artigos 269, IV, do CPC. Arcará a exequente com a verba honorária fixada em R\$ 5.000,00, corrigido monetariamente.

Sentença sujeita do reexame necessário.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição, bem como determinar o prosseguimento da execução fiscal.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, não conheço do reexame necessário, isso porque, tratando-se de execução fiscal extinta com base no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, não há que se falar em reexame obrigatório da sentença, considerando que o art. 475, inciso II, do CPC, reporta-se apenas à decisão que julga procedente, no todo ou em parte, os embargos opostos pelo executado. Precedentes da Sexta Turma do TRF-3ª Região.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante auto de infração, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação pessoal ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, conforme se verifica nos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CITAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. REGIME ANTERIOR À LC 118/2005. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A decisão agravada encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte de que o prazo prescricional começa a contar da data da constituição definitiva do crédito tributário, o que de fato ocorreu através do Termo de Confissão Espontânea.

2. Dessa forma, verifica-se que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário em 1º.07.1997 e a citação do devedor em 12.03.2003 transcorreram-se mais de cinco anos, razão pela qual é de se acolher a alegação de prescrição na hipótese.

3. Impede registrar que a execução fiscal foi ajuizada em 27.11.2002, antes da vigência da LC 118/05, época em que somente a citação pessoal do devedor interrompia a prescrição nos termos do art. 174, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AgRg no REsp 852.371/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO ANTERIORMENTE À LEI COMPLEMENTAR N.º 118/2005. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (LUCRO PRESUMIDO). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TERMO INICIAL: NOTIFICAÇÃO AO CONTRIBUINTE. TERMO FINAL: AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO (ART. 174 DO CTN). OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. De acordo com o art. 174, caput, do Código Tributário Nacional, A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

2. Tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante termo de confissão espontânea, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos (art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com redação anterior à Lei Complementar n.º 118/2005).

3. A demora na citação da executada não pode ser imputada à exequente, considerando-se as deficiências que, infelizmente, atingem o funcionamento do sistema judiciário. Assim, não comprovada a desídia ou negligência da exequente, há que se considerar como dies ad quem do prazo prescricional a data do ajuizamento da execução fiscal. Aplicação da Súmula n.º 106 do C. STJ.

4. In casu, ainda que se considere como termo final da prescrição a data do ajuizamento da execução fiscal, verifico que o houve o decurso do lapso prescricional quinquenal relativamente aos débitos inscritos na dívida ativa, os quais foram constituídos mediante Termo de Confissão Espontânea.

5. Precedentes desta Corte regional: 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, AC n.º 200661140053077, j. 10.04.2008, DJU 24.04.2008, p. 669; 3ª Turma, Rel. Juiz Rubens Calixto, AC n.º 200101250036751, j. 02.07.2009, v.u., DJF3 21.07.2009, p. 70.

6. Apelação provida. Prejudicada a análise dos demais pedidos formulados."

(TRF3, 6ª turma - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 0024572-35.2004.4.03.9999/SP - Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - D.E. Publicado em 3/11/2010)

No caso em comento, com a notificação do contribuinte, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional.

Logo, inscrito os débitos na dívida ativa mediante Auto de Infração, com notificação pelo correio/ar em 28/12/2001, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar n.º 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei n.º 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por fim, quanto aos honorários, mantenho-os como fixados, porquanto atendem ao disposto no art. 20 e seus parágrafos do CPC.

Por todo o exposto, não conheço da remessa oficial e nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00063 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0601631-65.1996.4.03.6105/SP
2007.03.99.039185-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : ACIP APARELHOS DE CONTROLE E IND/ DE PRECISAO LTDA
ADVOGADO : AYRTON LUIZ ARVIGO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
No. ORIG. : 96.06.01631-5 8 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Cuida-se de apelação da União Federal e remessa oficial submetida a esta E. Corte em face de sentença que julgou procedente o pedido para condená-la a restituir os valores indevidamente recolhidos, a título de CSSL, no exercício de 1989, tomando-se como ano-base 1988, acrescidos de correção monetária, consoante índices contemplados pelo Provimento 64/05, sendo que para os meses de 01/89, 03/90 e 02/91 devem ser aplicados os seguintes índices: 42,72%; 84,2%; 20,21%, respectivamente, mais taxa SELIC a partir de janeiro de 1996.

Honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em sede de apelação, a união requer a exclusão dos honorários advocatícios e da taxa SELIC.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Nessa ordem de ideias, ante a presença do erro material na r. sentença, haja vista a contradição entre o dispositivo e a fundamentação em relação aos expurgos inflacionários aplicáveis, há de prevalecer a real vontade do julgador no momento de sua prolação, o que impõe a incidência de todos os índices mencionados às fls. 72, vale dizer: janeiro de 1989; março, abril e maio de 1990; e fevereiro de 1991 nos percentuais de 42,72%, 84,32%, 44,80%, 7,87% e 21,87, respectivamente.

Ainda preliminarmente, cabe consignar a inadmissibilidade da remessa oficial, uma vez que a matéria tratada nos autos já foi submetida ao crivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, tenho que o mencionado dispositivo não exige que todas as questões apreciadas pela sentença sejam objeto de julgamento pelo Pretório Excelso, de súmula daquele Tribunal ou de outro Tribunal Superior.

Para o não conhecimento do reexame necessário, a teor do art. 475, § 3º, do CPC, basta que a jurisprudência ou súmula seja aquela que cuide do cerne da controvérsia. Nesse sentido, a jurisprudência o E. STJ:

PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA POR INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE DE TRIBUNAL SUPERIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 475, § 3º, DO CPC.

1. A Lei 10.352/2001 acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC, dispensando o reexame necessário "quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente". Trata-se de oportuna e elogiável alteração do sistema processual, que, reconhecendo e privilegiando a força dos precedentes dos tribunais superiores, confere maior efetividade às decisões judiciais de primeiro grau, abreviando, assim, o desfecho do processo.

2. Não se pode dar interpretação rígida à norma do art. 475, § 3º, do CPC, a ponto de exigir, para sua aplicação, que haja súmula ou jurisprudência sobre cada um dos pontos enfrentados na sentença, sejam eles principais ou acessórios, importantes ou secundários. Se assim fosse, o dispositivo seria letra morta. A jurisprudência ou a súmula do tribunal superior que, invocada na sentença, dispensa o reexame necessário, há de ser entendida como aquela que diga respeito aos aspectos principais da lide, às questões centrais decididas, e não aos seus aspectos secundários e acessórios.

3. No caso dos autos, todavia, foi o contrário o que ocorreu: os precedentes invocados dizem respeito a questões secundárias, e não ao cerne da controvérsia posta, razão pela qual o reexame necessário da sentença não ficou dispensado.

4. Recurso especial provido.

REsp 572890 / SC

RECURSO ESPECIAL 2003/0114025-5

Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data do julgamento: 04/05/2004

Data da publicação/fonte: DJ 24/05/2004 p. 190 REVPRO vol. 121 p. 244

Por fim, considerando que a r. sentença restou proferida em 26/04/2006, portanto, quando já em vigor a lei 10.352/01, a aplicabilidade desta norma é questão incontroversa.

Em relação ao mérito do recurso em comento, cabe destacar que os expurgos inflacionários aplicados pelo Juízo de origem encontram-se acolhidos pela jurisprudência do STJ e consolidados no Provimento 561/07 do CJP, motivo pelo qual os referidos índices devem ser computados para efeito de correção monetária do montante a ser compensado, incluindo a incidência da taxa SELIC a partir de 1996, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

À guisa de ilustração, a jurisprudência recente a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - RECOLHIMENTO EM QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - POSSIBILIDADE - DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO - ART. 263 DO CPC - PROTOCOLO OU DESPACHO DO JUIZ - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - IPI - JUROS DE MORA - SELIC - ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, por ausência de previsão no art. 511 do Código Processo Civil, bem como no art. 2º da Lei n. 9.289/91, resolução de tribunal não pode restringir a possibilidade de se pagar o porte de remessa e retorno dos autos em qualquer agência da Caixa Econômica Federal.

2. "A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil." (REsp 598798/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21.11.2005).

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 2.5.2005, entendeu que, "na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido". (REsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

4. Para fins de correção monetária, deve ser aplicada a Tabela Única da Justiça Federal, editada por meio da Resolução 561 do Conselho da Justiça Federal, de 2.7.2007, atrelada à jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito.

Recurso especial provido.

(REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. LIMITES PERCENTUAIS À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

1. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento.

Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

2. A norma do art. 3º da LC 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, ao apreciar Incidente de Inconstitucionalidade no Eresp 644.736/PE, sessão de 06/06/2007, DJ 27.08.2007, declarou inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar.

3. Não declaradas inconstitucionais as Leis 9.032/95 e 9.129/95, em sede de controle difuso ou concentrado, sua observância é inafastável pelo Poder Judiciário, razão pela qual a compensação do indébito tributário, ainda que decorrente da declaração de inconstitucionalidade da exação, submete-se às limitações erigidas pelos diplomas legais que regem a compensação tributária.

4. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual os índices a serem adotados para o cálculo da correção monetária na repetição do indébito tributário devem ser os que constam do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561/CJP, de 02.07.2007, do Conselho da Justiça Federal, a saber: (a) a ORTN de 1964 a fevereiro/86; (b) a OTN de março/86 a dezembro/88; (c) a BTN de março/89 a fevereiro/90; (d) o IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro/1989 e março/1990 a fevereiro/1991; (e) o INPC de março a novembro/1991; (f) o IPCA - série especial - em dezembro/1991; (g) a UFIR de janeiro/1992 a dezembro/1995; (h) a Taxa SELIC a partir de janeiro/1996.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 858.538/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 30/03/2009)

Isto posto, em face da posição pacífica do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

- 1- dou por prejudicada a remessa oficial, ante a sua manifesta inadmissibilidade, nos termos do art. 557 do CPC e da súmula 253 do STJ;
- 2- Nego seguimento à apelação da União Federal, com supedâneo no cânone acima transcrito; Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00064 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004491-20.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.004491-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : CARLOS RENATO MAZZOLA e outro
: LUIZ ALBERTO PARRA
ADVOGADO : LEILA FARES GALASSI DE OLIVEIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e reexame necessário de sentença que concedeu parcialmente a ordem, em mandado de segurança, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre as seguintes verbas rescisórias: indenização liberal (gratificações), férias integralmente vencidas indenizadas e respectivo terço.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que as verbas em questão estão sujeitas à incidência do IR, dada a sua natureza salarial.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o agravo retido em apenso (2007.03.00.025901-2) não deve ser conhecido, a teor do disposto no § 1º do art. 523 do CPC.

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de "indenização liberal" em decorrência de rescisão de contrato de trabalho, bem como férias integralmente vencidas indenizadas e respectivo terço constitucional.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda incide sobre as verbas recebidas por força da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, quando pagas por liberalidade do empregador, vez que tais importâncias representam acréscimo patrimonial tipificado no art. 43 do CTN. Vale conferir o precedente citado, *verbis* :

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. 'INDENIZAÇÃO ESPECIAL'. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA.

(...)

2. Deveras, em face de sua natureza salarial, incide a referida exação:

- a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (...);
- b) sobre o adicional noturno (...);
- c) sobre a complementação temporária de proventos (...);
- d) sobre o décimo-terceiro salário (...);
- e) sobre a gratificação de produtividade (...);
- f) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (...);**
- g) sobre horas extras (...)

3. In casu, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de 'indenização especial', em reconhecimento por relevantes serviços prestados à empresa, não tem natureza indenizatória, sujeitando-se, assim, a incidência do Imposto de Renda.

4. Embargos de Divergência rejeitados, divergindo do E. Relator." (ERESP 775.701, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJ 1.8.2006.)

Nesse sentido também é o seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. LIBERALIDADE DO EMPREGADOR.

1. *Sofre incidência de imposto de renda gratificação por tempo de serviço paga mensalmente a empregado em razão dos anos trabalhados, tendo em vista que se trata de retribuição paga por liberalidade do empregador pelo serviço prestado, e não de indenização.*

2. *Recurso especial não-provido."*

(REsp 382.476/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7.3.2006, DJ 7.4.2006.)

Por outro lado, o mesmo órgão julgador assentou que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e seu respectivo adicional. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

1. *Não incide Imposto de Renda sobre valores recebidos a título de abono pecuniário de férias, por ter caráter indenizatório e não constituir acréscimo patrimonial. Precedentes do STJ.*

2. *No que tange ao termo inicial dos juros de mora, inexistente interesse recursal, uma vez que a decisão agravada, consoante jurisprudência do STJ, consignou que esses incidem a partir do trânsito em julgado da sentença, no percentual de 1% ao mês (arts. 161, § 1º, e 167, parágrafo único, do CTN).*

3. *Agravo Regimental não provido."*

(AgRg no REsp 595.643/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 24.3.2009.)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. *O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).*

2. *A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:*

a) *"indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;*

b) *verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;*

c) *horas extras;*

d) *férias gozadas e respectivos terços constitucionais;*

e) *adicional noturno;*

f) *complementação temporária de proventos;*

g) *décimo-terceiro salário;*

h) *gratificação de produtividade;*

i) *verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e*

j) *verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.*

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) *APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;*

b) *licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;*

c) **férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;**

d) *férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;*

e) *abono pecuniário de férias;*

f) *juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;*

g) *pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).*

4. *Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.*

5. *Recurso especial parcialmente provido."*

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. *As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.*

2. *Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).*

3. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.*

4. *Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."*

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **dou parcial provimento** à apelação e à remessa oficial, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, e **não conheço** do agravo retido, com fundamento no § 1º do art. 523 do CPC. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00065 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0008270-80.2007.4.03.6100/SP

2007.61.00.008270-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MILON ELOY CORREA LEITE
ADVOGADO : CELSO LIMA JUNIOR e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 14 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal contra sentença proferida em mandado de segurança, que concedeu a ordem, para afastar o recolhimento do imposto de renda sobre o resgate das contribuições do impetrante a entidade fechada de previdência privada, no período de 01/01/1989 a 31/12/1995.

Em suas razões recursais, requer a apelante a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

Desde a criação das instituições de previdência privada pela Lei nº 6.435/77, as contribuições eram deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda, incidindo o tributo quando o contribuinte percebia o benefício suplementar, conforme o disposto no Decreto nº 58.400/66 e Decretos-leis nºs 1.642/78 e 2.396/87.

Posteriormente, os fundos de previdência privada fechada foram regulados pela Lei nº 7.713/88, que determinava o recolhimento da contribuição em parcelas deduzidas sobre o salário líquido dos beneficiários, que já haviam sofrido a tributação do imposto de renda na fonte.

Confira-se o disposto no artigo 31 da referida Lei nº 7.713/88:

"Art. 31. Ficam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo ônus não tenha sido do beneficiário:

I- as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada."

Por sua vez, o artigo 6º da Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, relativamente ao valor das contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tivessem sido tributados na fonte (inciso VII, "b").

Com o advento da Lei nº 9.250/95, a situação se inverteu, passando a incidir o imposto de renda apenas no momento do resgate das contribuições, por força do disposto no seu artigo 33, que diz: *"Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições"*.

Ressalte-se que a Medida Provisória nº 1.943-52/96, reeditada sob o nº 2.159-70/01, determinou a exclusão das contribuições cujo ônus tenha sido da pessoa física da base de cálculo do imposto de renda, visando evitar a dupla incidência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indevida a cobrança do imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e sobre a devolução das contribuições recolhidas durante a vigência da Lei nº 7.713/88, consoante se verifica do seguinte acórdão:

TRIBUTÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RATEIO DO PATRIMÔNIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 (ERESP 643691/DF, DJ 20.03.2006; ERESP 662.414/SC, DJ 13.08.2007; ERESP 500.148/SE, DJ 01.10.2007; ERESP 501.163/SC, DJ 07.04.2008).
2. A quantia que couber por rateio a cada participante, superior ao valor das respectivas contribuições, constitui acréscimo patrimonial (CTN, art. 43) e, como tal, atrai a incidência de imposto de renda. Precedentes (AgRg nos ERESP 433.937/AL, Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 19/05/2008; AgRg nos ERESP 530.883/MG, Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16/10/2006).
3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (RESP 760.246/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2008)

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que reconheceu a não incidência do imposto de renda sobre o valor correspondente às parcelas de contribuição efetuadas no período de 01.01.1989 a 31.12.1995, cujo ônus tenha sido exclusivamente dos participantes.

Ante o exposto, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **nego seguimento** à apelação e à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00066 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025375-70.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.025375-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : MARCELO HENRIQUE GOMES BUENO PEREIRA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS LIMA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e reexame necessário de sentença que concedeu parcialmente a ordem, em mandado de segurança, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas rescisórias relativas às férias vencidas e proporcionais e respectivos terços constitucionais, autorizando a compensação dos valores reconhecidos como indevidos com débitos futuros de imposto de renda, após o trânsito em julgado, acrescidos de correção monetária pela taxa SELIC.

Em suas razões recursais, requer a União Federal que seja reformada a sentença no tocante às férias proporcionais e respectivo terço constitucional, por não possuírem caráter indenizatório.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seus respectivos adicionais. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

- a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;
- b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;
- c) horas extras;
- d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;
- e) adicional noturno;
- f) complementação temporária de proventos;

- g) décimo-terceiro salário;
- h) gratificação de produtividade;
- i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e
- j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

- a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;
- b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;
- c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;
- d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;
- e) abono pecuniário de férias;
- f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;
- g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - **não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor**, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação e à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00067 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0031106-47.2007.4.03.6100/SP
2007.61.00.031106-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : AON AFFINITY DO BRASIL SERVICOS E CORRETORA DE SEGUROS S/C LTDA
ADVOGADO : VICTOR DE LUNA PAES e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 15 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Cuida-se de apelação da União Federal e remessa oficial em face de sentença que concedeu a segurança para excluir a incidência de multa moratória, ante a configuração da denúncia espontânea, tendo em vista que o pagamento das exações precedeu a apresentação da DCTF.

Em de sede de apelação, o impetrante pugna pela reversão do julgado.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pelo improvinimento da apelação.

É o sucinto relatório. Decido.

Ressalte-se, logo de início, que a questão da inaplicabilidade da denúncia espontânea nos tributos sujeitos a lançamento por homologação já não é mais objeto de dissonância, tanto no STJ como na E. Sexta Turma desta Corte. Senão vejamos:

Com efeito, a denúncia espontânea constitui um favor legal, ou seja, uma forma de estímulo ao contribuinte, para que regularize sua situação perante o Fisco, procedendo, quando for o caso, ao pagamento do tributo, antes do procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração.

Desse modo, o artigo 138 do Código Tributário Nacional permite que o sujeito passivo da obrigação tributária, frise-se, antes do início de qualquer procedimento fiscal ou medida de fiscalização relacionada com o objeto da confissão, procure o Fisco e confesse o cometimento de uma infração tributária. É o que dispõe o parágrafo único do referido dispositivo, *verbis*:

" Art.138.(...)

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração".

Da exegese do cânone em apreço, pode-se verificar que sua *ratio essendi* busca impulsionar o cumprimento da obrigação tributária mediante um beneplácito fiscal, tendo como premissa maior o desconhecimento do Fisco acerca da irregularidade da situação fiscal, além da espontaneidade do contribuinte antes de qualquer atividade do Fisco tendente à cobrança do débito.

Pois bem, diante do quadro legislativo mediante o qual a questão se apresenta, cabe-nos indagar sua aplicação nos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Nesta sistemática de arrecadação, o contribuinte informa o fisco de seus débitos por meio de declaração, suprimindo a necessidade de constituição formal do crédito tributário, de maneira que a autoridade administrativa pode tomar medidas tendentes ao seu cumprimento, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação com o fim de aquilatar o *quantum debeatur* devido pelo contribuinte.

Como corolário deste entendimento, devida a multa moratória aplicada sobre tributo sujeito a lançamento por homologação recolhido em atraso, consoante súmula 360 do STJ onde se lê: "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo".

Entretanto, o caso dos autos não se subsume aos precedentes utilizados para o surgimento do verbete acima.

Isso porque o pagamento antecedeu a entrega da DCTF, ou seja, sua quitação ocorreu quando inexistia não só a possibilidade de exigência da exação, porquanto ainda não constituído o crédito tributário, como também precedeu qualquer ato de atividade fazendária tendente a exigir a exação.

Nesse sentido, precedente do STJ submetido à sistemática dos recursos representativos da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PARCIAL DE DÉBITO TRIBUTÁRIO ACOMPANHADO DO PAGAMENTO INTEGRAL. POSTERIOR RETIFICAÇÃO DA DIFERENÇA A MAIOR COM A RESPECTIVA QUITAÇÃO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO.

1. A denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente.

2. Deveras, a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco (Súmula 360/STJ) (Precedentes da Primeira Seção submetidos ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 886.462/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008; e REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

3. É que "a declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte" (REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008).

4. Destarte, quando o contribuinte procede à retificação do valor declarado a menor (integralmente recolhido), elide a necessidade de o Fisco constituir o crédito tributário atinente à parte não declarada (e quitada à época da retificação), razão pela qual aplicável o benefício previsto no artigo 138, do CTN.

5. In casu, consoante consta da decisão que admitiu o recurso especial na origem (fls. 127/138): "No caso dos autos, a impetrante em 1996 apurou diferenças de recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro, ano-base 1995 e prontamente recolheu esse montante devido, sendo que agora, pretende ver reconhecida a denúncia espontânea em razão do recolhimento do tributo em atraso, antes da ocorrência de qualquer procedimento fiscalizatório.

Assim, não houve a declaração prévia e pagamento em atraso, mas uma verdadeira confissão de dívida e pagamento integral, de forma que resta configurada a denúncia espontânea, nos termos do disposto no artigo 138, do Código Tributário Nacional." 6. Conseqüentemente, merece reforma o acórdão regional, tendo em vista a configuração da denúncia espontânea na hipótese sub examine.

7. *Outrossim, forçoso consignar que a sanção premial contida no instituto da denúncia espontânea exclui as penalidades pecuniárias, ou seja, as multas de caráter eminentemente punitivo, nas quais se incluem as multas moratórias, decorrentes da impontualidade do contribuinte.*

8. *Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1149022/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 24/06/2010)*

Isto posto, em face da posição pacífica do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00068 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0032771-98.2007.4.03.6100/SP

2007.61.00.032771-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : KMGR EMPREENDIMENTOS LTDA
ADVOGADO : MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Cuida-se de apelações da União Federal, do impetrante e da remessa oficial em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para reconhecer o direito líquido e certo da impetrante de compensar, após o trânsito em julgado, os valores recolhidos a título de COFINS, com a base de cálculo contida no art. 3º, § 1º, da lei 9.718/98, no período de 01/02/99 a 31/01/04, consoante as guias juntadas aos autos, com valores vincendos de outras contribuições administradas pela SRF, cuja correção monetária deverá ser realizada com base na taxa SELIC, mantida no entanto a alíquota prevista no 8º do mesmo diploma legal.

O impetrante apelou. No entanto, requereu a desistência de sua irresignação, a qual foi homologada por este Juízo.

Por sua vez, a União Federal, em seu apelo, sustenta a consumação da prescrição quinquenal, além da constitucionalidade da Lei 9.718/98. Também pugna pela incidência da taxa SELIC após o trânsito em julgado.

O MPF, em seu parecer, opina pela manutenção da sentença.

É o sucinto relatório. Decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais.

Nessa ordem de ideias, é de se afastar a alegação consubstanciada na aplicação da prescrição quinquenal nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em homenagem à uniformização da matéria no âmbito do STJ.

A razão pela qual passo a comungar deste entendimento tem assento nas seguintes premissas:

Em primeiro lugar, deve-se acentuar que a EC 45/04, sem embargo das anteriores alterações legislativas a respeito, teve como apanágio alterar de modo contundente a função dos Tribunais Superiores acerca das funções que lhes competiam de molde a prestigiar a uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal.

Ao legislador ordinário, por sua vez, coube a tarefa de regular estes preceitos constitucionais dando-lhes efetividade.

Como exemplos, citam-se a regulamentação da súmula vinculante, repercussão geral e recursos repetitivos.

Com isso, os Tribunais de Superposição foram dotados de mecanismos processuais aptos a dar segurança a seus precedentes, firmando diretrizes seguras para os demais órgãos o Poder Judiciário em prol da celeridade na prestação jurisdicional, da segurança jurídica e da igualdade nas relações jurídicas quando submetidas ao crivo deste Poder.

Em segundo lugar, há que se destacar que, sobre esse tema, a jurisprudência, em especial a do STJ, oscilou ao longo do tempo, sem que se pudesse atestar, de maneira segura, a tese prevalecente acerca da prescrição na restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Todavia, com o advento da LC 118/05, após nova disceptação a respeito do alcance dessa norma, o STJ, enfim, estabeleceu orientação uníssona sobre a matéria em de recurso representativo da controvérsia, a qual passo a adotar em respeito às alterações constitucionais alhures citada que privilegiam os precedentes jurisprudenciais. Eis o *leading case* citado no informativo 417/STJ:

RECURSO REPETITIVO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC N. 118/2005.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que, pelo princípio da irretroatividade, impõe-se a aplicação da LC n. 118/2005 aos pagamentos indevidos realizados após sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, visto ser norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva. Assim, tratando-se de pagamentos indevidos antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (9/6/2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a tese dos "cinco mais cinco", desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal, regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do CC/2002. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido. No caso, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27/11/2002, razão pela qual se conclui que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC n. 118/2005. Daí a tese aplicável ser a que considera os cinco anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais cinco anos referentes à prescrição da ação. Outrossim, destaque-se que, conquanto as instâncias ordinárias não mencionem expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que foram efetuados sob a égide da LC n. 70/1991, uma vez que a Lei n. 9.430/1996, vigente a partir de 31/3/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da Cofins. Precedente citado: AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.

Portanto, aplicar-se-á o prazo quinquenal a contar o pagamento indevido, nos moldes da LC 118/05, aos recolhimentos efetuados após o seu advento.

No que tange às parcelas anteriores, a conhecida tese denominada "cinco mais cinco" (cinco anos a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita) continua a reger tais relações na forma da jurisprudência consolidada pelo STJ.

Ultrapassada tal prejudicial, cabe ressaltar que, conquanto o veículo utilizado (lei ordinária) para regulamentar a COFINS seja compatível com a Carta Constitucional, o STF acabou por declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 por vício material, uma vez que a Emenda Constitucional nº 20/98 não teve o condão de convalidar os ditames legais acima mencionados, porquanto surgiu em desarmonia com o Texto Constitucional que à época vigorava. Eis o teor do julgamento que ora se adota como paradigma:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

(RE 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170)

Desse modo, é de se considerar inconstitucional o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o recolhimento da COFINS deveria ser feito considerando o conceito de faturamento de que trata o 2º, "caput", da Lei Complementar nº 70/91.

Nesse diapasão, de molde a prestigiar a função uniformizadora da interpretação da legislação federal por meio do STJ, necessário alinhar as decisões desta E. Turma no sentido de permitir a compensação, disciplinando-a consoante lei vigente no momento da propositura da ação.

À guisa de ilustração, segue recente precedente da 1ª Seção da referida Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 720.966/ES, concluiu que:

- a) houve evolução legislativa em matéria de compensação de tributos (Leis 8.383/91, 9.430/96 e 10.637/2002);*
- b) na vigência da Lei 8.383/91, somente é possível a compensação de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, vincendas e da mesma espécie, nos casos de pagamento indevido ou a maior;*

c) com o advento da Lei 9.430/96, o legislador permitiu que a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, autorizasse a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração;

d) a Lei 10.637/02 (que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96), possibilitou a compensação de créditos, passíveis de restituição ou ressarcimento, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de requerimento do contribuinte;

e) a compensação é regida pela lei vigente na data do ajuizamento da ação;

f) ausência de prequestionamento constitui-se óbice incontestável, sendo possível ao STJ apreciar a demanda apenas à luz da legislação examinada nas instâncias ordinárias.

2. Demanda ajuizada na vigência da Lei 9.430/96. Não restando abstraído, no acórdão do Tribunal de origem, que o recorrente requereu administrativamente à Secretaria da Receita Federal a compensação com tributos de espécies diversas, deve-se permitir a compensação do PIS apenas com débitos da mesma exação.

3. Embargos de divergência não providos.

EREsp 1018533 / SP

EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2008/0193450-3

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON

Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO

Fonte: DJe 09/02/2009

Nesse sentido, considerando que o ajuizamento da demanda deu-se na vigência da Lei 10.637/03, a compensação da COFINS efetuar-se-á com parcelas de todos os tributos administrados pela SRF.

Quanto aos consectários legais, vale mencionar que a taxa SELIC a partir de janeiro de 1996 foi acolhida jurisprudência e utilizada como critério de correção monetária e juros pelo Provimento 561/07 do CJF, motivo pelo qual deve ser computada no montante a ser compensado.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - RECOLHIMENTO EM QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - POSSIBILIDADE - DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO - ART. 263 DO CPC - PROTOCOLO OU DESPACHO DO JUIZ - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - IPI - JUROS DE MORA - SELIC - ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, por ausência de previsão no art. 511 do Código Processo Civil, bem como no art. 2º da Lei n. 9.289/91, resolução de tribunal não pode restringir a possibilidade de se pagar o porte de remessa e retorno dos autos em qualquer agência da Caixa Econômica Federal.

2. "A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil." (REsp 598798/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21.11.2005).

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 2.5.2005, entendeu que, "na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido".

(EREsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

4. Para fins de correção monetária, deve ser aplicada a Tabela Única da Justiça Federal, editada por meio da Resolução 561 do Conselho da Justiça Federal, de 2.7.2007, atrelada à jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito.

Recurso especial provido.

(REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

Isto posto, em face da posição pacífica do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nego seguimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do 557, caput, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00069 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000533-17.2007.4.03.6103/SP
2007.61.03.000533-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : SERGIO SCALISSE RIBEIRO
ADVOGADO : MARIANA BARBOSA NASCIMENTO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando afastar a incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos pelo impetrante a título de indenização por liberalidade da empresa, em decorrência da rescisão de seu contrato de trabalho.

Em suas razões recursais, sustenta o apelante que a verba recebida tem caráter indenizatório, não constituindo hipótese de incidência do IR.

É o relatório. **Decido.**

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de "indenização e gratificação eventual" em rescisão de contrato de trabalho.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda incide sobre as verbas recebidas por força da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, quando pagas por liberalidade do empregador, vez que tais importâncias representam acréscimo patrimonial tipificado no art. 43 do CTN. Vale conferir o precedente citado, *verbis* :

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. 'INDENIZAÇÃO ESPECIAL'. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA.

(...)

2. Deveras, em face de sua natureza salarial, incide a referida exação:

- a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (...);
- b) sobre o adicional noturno (...);
- c) sobre a complementação temporária de proventos (...);
- d) sobre o décimo-terceiro salário (...);
- e) sobre a gratificação de produtividade (...);
- f) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (...);**
- g) sobre horas extras (...)

3. In casu, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de 'indenização especial', em reconhecimento por relevantes serviços prestados à empresa, não tem natureza indenizatória, sujeitando-se, assim, a incidência do Imposto de Renda.

4. Embargos de Divergência rejeitados, divergindo do E. Relator." (REsp 775.701, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJ 1.8.2006.)

Nesse sentido também é o seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. LIBERALIDADE DO EMPREGADOR.

1. Sofre incidência de imposto de renda gratificação por tempo de serviço paga mensalmente a empregado em razão dos anos trabalhados, tendo em vista que se trata de retribuição paga por liberalidade do empregador pelo serviço prestado, e não de indenização.

2. Recurso especial não-provido."

(REsp 382.476/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7.3.2006, DJ 7.4.2006.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação do impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00070 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007848-96.2007.4.03.6103/SP
2007.61.03.007848-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : RESPIRAR CLINICA DO APARELHO RESPIRATORIO S/C LTDA
ADVOGADO : REGIMAR LEANDRO SOUZA PRADO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação da impetrante interposta em face de sentença que denegou a segurança, em mandado de segurança impetrado objetivando a submissão ao recolhimento de IRPJ e CSLL às alíquotas de 8% a 12%, respectivamente, bem como o afastamento da retenção na fonte do PIS e da CSLL nos termos do art. 30 da Lei nº 10.833/03.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo 1º, inciso III, "a", estabeleceu regime de tributação especial às empresas prestadoras de serviços hospitalares, situação em que o recolhimento do IRPJ e da CSLL sobre a receita bruta passa para 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente.

Impõe-se, portanto, a análise dos atos infraleais que definiram o termo "serviços hospitalares", para fins de enquadramento no regime de tributação especial.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 306/2003 da Secretaria da Receita Federal definiu como serviços hospitalares, em seu artigo 23, aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução das atividades relacionadas às ações básicas de saúde, entre as quais a prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia, compreendendo os serviços de imagem.

Posteriormente, as Instruções Normativas nº 480/2004 e 539/2005 da Secretaria da Receita Federal, e ainda a Instrução Normativa nº 791/2007 da Receita Federal do Brasil, passaram a considerar serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, ou seja, estabelecimentos devidamente aparelhados e dotados de corpo clínico organizado, que garantem o atendimento básico de diagnóstico, tratamento e internação de pacientes durante 24 horas.

Nesse sentido, transcrevo o disposto no art. 27 da IN/SRF nº 480, de 15/12/2004, com redação da IN/RFB nº 791, de 10/12/2007:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Parágrafo único. São também considerados serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, aqueles efetuados pelas pessoas jurídicas: (Renumerado com nova redação pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida. (Redação dada pela IN RFB nº 791, de 10 de dezembro de 2007)

Consoante se depreende dos autos, a impetrante é uma sociedade civil que tem por finalidade a prestação de serviços médicos.

Desse modo, a meu ver esses atendimentos não se inserem no conceito de serviços hospitalares, porquanto, a própria Lei nº 9.249/95 especificou a natureza dos serviços como hospitalares, os quais são distintos dos serviços médicos, ou das atividades relacionadas à saúde. Se assim não fosse, também fariam jus aos seus benefícios todos aqueles que, indiretamente, colaborassem com os serviços desenvolvidos por um hospital.

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 15 da Lei nº 9.249/95, dispôs que a norma que dela resulta não comporta interpretação extensiva, de modo que abranja outras atividades cuja estrutura não tenha condições de internação hospitalar.

Eis o teor do julgado que bem elucida a controvérsia suscitada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO "SERVIÇOS HOSPITALARES". INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
2. A parte embargante aduz que há no acórdão embargado, basicamente, três questões a serem esclarecidas, quais sejam: (i) a atividade de consulta médica realizada no interior dos hospitais por profissionais com vínculo com a instituição deve ser conceituada como serviços hospitalares para efeito de beneficiar-se da redução da base de cálculo?; (ii) estão (ou não) abrangidas pelo benefício fiscal as consultas médicas prestadas em consultório médico não localizado no interior do hospital, mas com prestação de serviços que não a simples consulta médica?; e (iii) as consultas médicas prestadas em consultório médico de forma exclusiva se incluem no benefício? 3. No caso dos autos, o Colegiado foi claro e preciso ao afirmar que são excluídas dos benefícios tendentes à redução das alíquotas ora pleiteadas as atividades destinadas unicamente à realização de consultas médicas, de sorte que a conclusão ora buscada pela embargante decorre da simples leitura do acórdão embargado.
4. Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado, prevenir interpretações errôneas do julgado, bem como o manejo de novos aclaratórios, deve-se esclarecer que a redução da base de cálculo de IRPJ na hipótese de prestação de serviços hospitalares prevista no artigo 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, efetivamente, não abrange as simples atividades de consulta médica realizada por profissional liberal, ainda que no interior do estabelecimento hospitalar. Por conseguinte, também é certo que o benefício em questão não se aplica aos consultórios médicos situados dentro dos hospitais que só prestem consultas médicas.
5. Ademais, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão proferido no REsp 951.251-PR, o eminente Ministro Relator afirmou que: "Não há que se estender o benefício aos consultórios médicos somente pelo fato de estarem localizados dentro de um hospital, onde apenas sejam realizadas consultas médicas que não envolvam qualquer outro procedimento médico." 6. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no REsp 1116399/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 29/09/2010)

Assim também tem sido os julgamentos desta E. Sexta Turma, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS, COFINS E CSLL. PEDIDO INOVADOR. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EQUIPARAÇÃO A SERVIÇOS HOSPITALARES. LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

5. A Lei nº 9.249, de 26/12/1995, assegurou às pessoas jurídicas que exerçam as atividades de prestação de serviços hospitalares, a aplicação das alíquotas de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), na apuração da base de cálculo do IRPJ e CSSL, respectivamente, conforme art. 15, § 1º, III, a, e art. 20, caput.
6. Distingue-se o serviço hospitalar do serviço médico, ou mesmo das atividades relacionadas à saúde, de modo geral. Ao conceder o benefício fiscal, a própria lei especificou a natureza do serviço como hospitalar, emprestando-lhe o caráter de exceção para fins de tributação reduzida. Precedentes.
7. Cabe ao contribuinte a produção de prova hábil e inequívoca, que demonstre o desempenho da atividade de natureza hospitalar, pela existência de recursos humanos e materiais e infra-estrutura necessária e adequada à prestação desse serviço, de forma a garantir o atendimento integral do paciente (diagnóstico, tratamento e internação), bem como indicação dos custos advindos da realização da atividade, de forma a legitimar a redução da carga tributária.
8. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida.
(AMS nº 2004.61.14.005867-4, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, data da decisão: 27/11/2008).

Em relação à retenção, cabe ressaltar que o artigo 30 da Lei 10.833/03 dispõe tão-somente de mera técnica fiscal concernente ao recolhimento da IRPJ, CSLL, COFINS e da contribuição devida ao PIS/PASEP, vez que permitida pelo art. 128 do CTN.

Também não há se falar em violação da Medida Provisória nº 135/2003, que resultou na edição da Lei nº 10.833/03, em face do artigo 246 da Constituição Federal.

Destarte, sequer vislumbro a inconstitucionalidade da retenção imposta pelo referido ato normativo em face do art. 246 da CF, tendo em vista que o instituto acima mencionado não encontra previsão no texto constitucional, razão pela qual a norma legal não regulamenta o texto constitucional de modo a ensejar a vedação imposta.

Nesse sentido, o magistério jurisprudencial desta Corte:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CSSL. PIS. COFINS. LEI N.º 10.833/03. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/2003. LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIOS DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Legitimidade da retenção das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, por ocasião do pagamento dos serviços prestados, prevista no art. 30, da Lei n.º 10.833/03, uma vez que se trata de hipótese de substituição tributária, prevista expressamente no art. 150, § 7.º, da CF e art. 121, parágrafo único, II, do CTN.

2. A responsabilidade tributária por substituição prevista na referida lei consiste em mecanismo destinado a otimizar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização de seu recolhimento, não implicando em ofensa aos princípios constitucionais tributários nem padecendo de vícios de ilegalidade.

3. No caso, relativamente aos pagamentos que efetuar à impetrante, o tomador do serviço, na qualidade de responsável tributário, fica obrigado por lei ao desconto das contribuições e respectivo recolhimento aos cofres públicos. Após, cabe ao contribuinte que sofreu a retenção proceder aos ajustes necessários, considerando-se que o montante retido caracteriza-se como antecipação do Imposto de Renda e das respectivas contribuições, a teor do art. 36 da Lei nº 10.833/2003.

4. A Lei nº 10.833/2003, originária da Medida Provisória nº 135/2003, com a sistemática prevista em seu art. 30, não criou novo tributo nem regulamentou aqueles já existentes, apenas dispôs sobre o regime legal de recolhimento das contribuições, mediante substituição tributária, portanto, inaplicável à hipótese o art. 246 da CF.

5. Apelação improvida.
(Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, Classe : AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 294039, Processo: 2004.61.00.002980-0, UF: SP, Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 17/09/2009. Fonte: DJF3 CJI DATA:26/10/2009 PÁGINA: 550, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00071 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008733-10.2007.4.03.6104/SP
2007.61.04.008733-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : NELSON KIOSHI MAEDA
ADVOGADO : REGIANE LOPES DE BARROS e outro
DECISÃO

Vistos, etc.

Foi proposta ação ordinária, na qual o autor visa ter reconhecido o indébito dos valores referentes ao Imposto de Renda incidente sobre a suplementação de sua aposentadoria, bem como obter a condenação da ré no pagamento dos valores já recolhidos, devidamente corrigidos e acrescidos dos ônus de sucumbência, sob o argumento de que os valores recebidos a esse título nada mais são do que reembolso das contribuições efetuadas àquele fundo de pensão no decorrer do vínculo de trabalho. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 27.618,51.

A r. sentença reconheceu a prescrição das parcelas anteriores a 23/07/2002 e julgou parcialmente improcedente o pedido e, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, para declarar a ilegalidade da exigência do imposto de renda retido na fonte sobre o resgate de contribuições de previdência privada (PETROS) e condenou a União a repetir o montante indevidamente recolhido a esse título, correspondente ao período de contribuição ao fundo de pensão, bem como à proporção dos valores pagos pelo autor e relativos a 1/3 das contribuições, na vigência da Lei nº 7.713/88. O montante deve ser atualizado monetariamente a partir do recolhimento indevido até o efetivo pagamento, observados os mesmos critérios de atualização do crédito tributário. A partir de 1º de janeiro de 1996 deverá ser aplicado, apenas e tão somente, o disposto no artigo 39, §4º, da Lei nº 9.26–50/95 (Selic). Sucumbência recíproca.

Apela a União Federal, requerendo reforma da r. sentença, para extinguir o feito sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto e desenvolvimento válido e regular do processo ou enfrentada a matéria de fundo, declarar improcedente o pedido de repetição do IR na fonte por ausência de provas do fato constitutivo do direito do autor, na forma prevista no art. 333, I, do CPC, bem como sua condenação nos ônus da sucumbência.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Relatado o necessário, decido.

Inicialmente, quanto à alegação de prescrição, há que se destacar que, sobre esse tema, a jurisprudência, em especial a do STJ, oscilou ao longo do tempo, sem que se pudesse atestar, de maneira segura, a tese prevalecente acerca da prescrição na restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Todavia, com o advento da LC 118/05, após nova discepção a respeito do alcance dessa norma, o STJ, enfim, estabeleceu orientação uníssona sobre a matéria, a qual passo a adotar em respeito às alterações constitucionais alhures citada que privilegiam os precedentes jurisprudenciais. Eis o *leading case*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. DIREITO INTERTEMPORAL. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC N. 118/2005. FATOS GERADORES ANTERIORES À LC 118/2005. APLICAÇÃO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO".

1. Até a entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, o entendimento do STJ era no sentido de que se extinguiria o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação somente após decorridos cinco anos, a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita (REsp 435.835/SC, julgado em 24.3.04).

2. Esta Casa, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI nos REsp 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar n. 118/2005, que estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, por ofender os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

3. De acordo com a regra de transição adotada pela Corte Especial no julgamento da AI no REsp 644.736/PE, aplicar-se-á a tese dos "cinco mais cinco" aos créditos recolhidos indevidamente antes da LC 118/2005, limitado, porém, ao prazo máximo de 5 anos, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal.

4. É possível simplificar a aplicação da citada regra de direito intertemporal da seguinte forma: I) Para os recolhimentos efetuados até 8/6/2000 (cinco anos antes do início da vigência LC 118/2005) aplica-se a regra dos "cinco mais cinco";

II) Para os recolhimentos efetuados entre 9/6/2000 a 8/6/2005 a prescrição ocorrerá em 8/6/2010 (cinco anos a contar da vigência da LC 118/2005); e III) Para os recolhimentos efetuados a partir de 9/6/2005 (início de vigência da LC 118/2005) aplica-se a prescrição quinquenal contada da data do pagamento.

Conclui-se, ainda, de forma pragmática, que para todas as ações protocolizadas até 8/6/2010 (cinco anos da vigência da LC 118/05) é de ser afastada a prescrição de indébitos efetuados nos 10 anos anteriores ao seu ajuizamento, nos casos de homologação tácita.

5. In casu, a ação ordinária foi ajuizada em 12/1/2006 com o objetivo de restituir recolhimentos indevidos entre as competências de 2/1999 a 11/2002, ou seja, proposta dentro do quinquênio inicial de vigência da LC 118/2005, deve-se afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos do ajuizamento da ação.

6. Recurso especial provido, para afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos pretéritos do ajuizamento da ação.

(REsp 1086871/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 02/04/2009)

Portanto, a conhecida tese denominada "cinco mais cinco" (cinco anos a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita) há de ser aplicada aos recolhimentos efetuados até 08/06/2005, observado, quanto aos períodos subsequentes, o prazo quinquenal a contar o pagamento indevido, nos moldes da LC 118/05. In casu, considerando que a ação teve seu ajuizamento em 23/07/07, a aplicação da prescrição decenal é de rigor. Restam prescritos os valores recolhidos anteriores a 23/07/97.

Com relação ao mérito propriamente dito: desde a criação das instituições de previdência privada pela Lei nº 6.435/77, as contribuições eram deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda, cujo tributo incidia quando o contribuinte percebia o benefício suplementar, conforme o disposto no Decreto nº 58.400/66 e Decretos-leis nºs 1.642/78 e 2.396/87. Posteriormente, os fundos de previdência privada foram regulados pela Lei 7.713/88, que determinava o recolhimento da contribuição em parcelas deduzidas sobre o salário líquido dos beneficiários, que já haviam sofrido a tributação de imposto de renda na fonte.

Com o advento da Lei nº 9.250/95, a situação se inverteu, passando a incidir o imposto de renda apenas no momento do resgate das contribuições, não mais incidindo quando do pagamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que não deve haver incidência do Imposto de Renda sobre as parcelas pagas a entidade de previdência privada, entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995, e também no momento do resgate do fundo de previdência. Posição pacífica na Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Resp 1012903 - julgamento 08/10/2008 - Rel. Ministro Teori Albino Zavascki.

Nesse sentido, também:

"TRIBUTÁRIO - PREVIDÊNCIA PRIVADA - RESGATE - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

1. Ao tempo da Lei 7.713/88, as contribuições pagas à previdência complementar eram descontadas do salário, que sofria tributação do Imposto de Renda antes do desconto.

2. Após a Lei 9.250/95, foi permitido ao contribuinte abater as quantias pagas a título de contribuição à previdência complementar não mais do salário, e sim do Imposto de Renda.
3. Na devolução dessas quantias, não há incidência do Imposto de Renda, se o pagamento deu-se pela sistemática da Lei 7.713/88.
4. O imposto só incide em relação às contribuições ocorridas a partir de janeiro de 1996.
5. Recurso especial improvido." (STJ, 2ª Turma, RESP 175.784/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15/10/2001)

O artigo 8º, da MP nº 1.459/96 (reeditada sob o nº 2.159/01, art.7º) também dispõe nesse sentido, *verbis*: "Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995".

Assim, os valores do imposto de renda incidentes sobre suas aposentadorias, objeto do indébito, serão proporcionais ao tempo que verteram contribuições ao fundo de previdência complementar, sob a égide da Lei nº 7.713/88 (01/01/89 até 31/12/95 - vigência desta Lei).

Não terá incidência do imposto de renda sobre as parcelas vincendas que foram recolhidas sob a égide da Lei nº 7.713/88, observado o prazo prescricional.

No tocante ao montante custeado pela empresa empregadora, convertido em benefício, porque assume o caráter de rendimento, é passível de tributação, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Inclusive, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há se falar em imunidade tributária, na espécie, do imposto de renda, relativa aos fundos de previdência complementar querendo-os comparar a entidades de assistência social, não se aplicando aos mesmos os ditames do artigo 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal (RE nº140.848-1/SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

A repetição dos valores do imposto de renda, proporcional ao tempo de contribuição ao fundo de previdência complementar, sob a égide da Lei nº 7.713/88, deverá ser feita de acordo com o artigo 165 do CTN.

Entretanto, nos termos do artigo 333, Inciso I, do CPC, compete aos autores fazer prova constitutiva de seus direitos.

In casu, os documentos apresentado pelo autor, não comprovam o período de suas contribuições ao plano de Previdência Privada, e sim que sofrem a atual incidência do Imposto de Renda, quando do resgate de seus benefícios complementares.

Dessa forma, não comprovando o autor o período de recolhimento das suas contribuições ao Plano de Previdência Privada e na vigência da Lei nº 9.250/95 a incidência do imposto de renda ocorre apenas no momento do resgate das contribuições.

Diante da decisão, ora proferida, condeno a parte autora aos honorários advocatícios em 10% do valor da condenação nos termos do artigo 20, §3º, do CPC.

Pelo exposto, dou provimento à apelação da União Federal, nos termos do §1º-A, do art. 557, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00072 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009003-28.2007.4.03.6106/SP

2007.61.06.009003-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : GILBERTO GALVES

ADVOGADO : MARCO POLO TRAJANO DOS SANTOS e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, em ação de repetição de indébito, para condenar a ré a devolver ao autor os valores recolhidos a título de imposto de renda incidente sobre férias não gozadas (abono pecuniário) e respectivo adicional de 1/3, corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, observada a prescrição dos créditos anteriores aos cinco anos que antecederam a propositura da ação.

Em suas razões recursais, requer a apelante a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seus respectivos adicionais e abono pecuniário de férias. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e

j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;

b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;

c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;

d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - **não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor**, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00073 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009004-13.2007.4.03.6106/SP

2007.61.06.009004-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : JOAO PAULO ROSARIO
ADVOGADO : MARCO POLO TRAJANO DOS SANTOS e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, em ação de repetição de indébito, para condenar a ré a devolver ao autor os valores recolhidos a título de imposto de renda incidente sobre férias não gozadas (abono pecuniário) e respectivo adicional de 1/3, corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, observada a prescrição dos créditos anteriores aos cinco anos que antecederam a propositura da ação. Em suas razões recursais, requer a apelante a reversão total do julgado.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seus respectivos adicionais e abono pecuniário de férias. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. *O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).*

2. *A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:*

a) *"indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;*

b) *verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;*

c) *horas extras;*

d) *férias gozadas e respectivos terços constitucionais;*

e) *adicional noturno;*

f) *complementação temporária de proventos;*

g) *décimo-terceiro salário;*

h) *gratificação de produtividade;*

i) *verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e*

j) *verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.*

3. **Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:**

a) *APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;*

b) *licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;*

c) **férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;**

d) **férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;**

e) **abono pecuniário de férias;**

f) *juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;*

g) *pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).*

4. *Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.*

5. *Recurso especial parcialmente provido."*

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. **As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.**

2. **Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).**

3. **Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.**

4. **Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."**

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00074 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002129-64.2007.4.03.6126/SP
2007.61.26.002129-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : TERCIO CHIAVASSA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando assegurar a dedução das despesas relativas ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, em face da inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 9.316/96.

Em suas razões recursais, pugna a impetrante pela reversão total do julgado, bem como pela apreciação do agravo retido.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A questão comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, resta prejudicada a análise do agravo retido em apenso (2007.03.00.056093-9) por perda de seu objeto, considerando o julgamento do mérito da lide, que ora se realiza.

A Lei nº 9.316/96, em seu artigo 1º e parágrafo único, estabeleceu que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido, para efeito de determinação do lucro real que serve de base de cálculo para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nem de sua própria base de cálculo, e que os valores da contribuição social, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Ao meu ver, a vedação de dedução prevista na Lei nº 9.316/96 não importa em qualquer ofensa ao disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional e inciso III do artigo 153 da Constituição Federal, eis que não altera o conceito constitucional de renda e nem tampouco o fato gerador das exações em comento.

De fato, o inciso III do artigo 153 da Constituição Federal arrola a renda e proventos de qualquer natureza como hipótese tributária.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional define genericamente o fato gerador do imposto de renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendida como produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos (inciso I); e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II).

Assim, nada impede que o legislador imponha limites à dedução das verbas relativas ao pagamento de tributos, não havendo qualquer direito à compensação dos valores recolhidos.

A respeito da matéria, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCRO REAL. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. INDEDUTIBILIDADE. ART. 1º DA LEI N. 9.316/1996. LEGALIDADE.

1. O art. 1º da Lei n. 9.316/1996 não ofende o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN, de forma que o valor referente à CSLL não pode ser, na apuração do lucro real, deduzido da base de cálculo do imposto de renda.

2. O Código Tributário Nacional define genericamente a base de cálculo do imposto de renda, competindo à lei ordinária seu detalhamento. Dessa forma, não há empecilho para que o legislador ordinário imponha limites à dedução da verba dispensada no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do lucro real ficou a seu encargo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 670.079/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 16.03.2007 p. 336)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ART. 1º DA LEI Nº 9.316/96. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO. LUCRO REAL. SÚMULA 83/STJ.

1. O artigo 1º da Lei nº 9.316/96 não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não autorizando a dedução do valor referente à Contribuição Social Sobre o Lucro-CSSL da base de cálculo da própria contribuição para apuração do lucro real.

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

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 696010/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 326)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, julgo prejudicado o agravo retido e **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00075 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043486-35.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.043486-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : LCC CONTROLES E COMANDOS INDUSTRIAIS LTDA massa falida e outro
AGRAVADO : OSKAR WILHELM PZILLAS
ADVOGADO : GERD WILLI ROTHMANN
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE INDAIATUBA SP
No. ORIG. : 95.00.00259-6 A Vr INDAIATUBA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal em face da decisão do Juízo de Direito do SAF de Indaiatuba/SP, que acolheu a exceção de pré-executividade oposta, reconhecendo a ilegitimidade passiva do sócio excipiente Oskar Wilhelm Pzillas.

Alega a agravante, em síntese, que a responsabilização da pessoa física, no presente caso, está fundamentada nas disposições do art. 13 da Lei nº 8.620/93. Ademais, decretada a falência e havendo obrigações pendentes, os sócios devem ser responsabilizados.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 20/24).

O sócio agravado apresentou contraminuta às fls. 30/36.

É o relatório. Decido.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A exceção de pré-executividade visa à apresentação de defesa do devedor, sem garantia do Juízo, sendo admitida quando há objeções, ou seja, questões de ordem pública, como as que envolvem os pressupostos processuais e as condições da ação, desde que comprovadas de plano.

No caso vertente a agravante não trouxe aos autos documentos suficientes, extraídos dos autos de origem, a fim de que se pudesse verificar as hipóteses que ensejaram a desconsideração da personalidade jurídica da executada e o conseqüente redirecionamento da execução em face dos sócios. Da leitura da decisão agravada, denota-se, contudo, que houve falência da executada.

Feitas tais considerações, observo que, diante dos argumentos expendidos pela agravante, a responsabilidade solidária, estabelecida no artigo 13 da Lei nº 8.620/93, há de ser interpretada em consonância com o inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional, não sendo possível sua aplicação, exclusivamente, com o disposto no inciso II do artigo 124 do CTN.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo colacionada, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO - SÓCIO - RESPONSABILIDADE - DÉBITOS JUNTO À SEGURIDADE SOCIAL (LEI N. 8.620/93 - ART. 13) - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM BENS PESSOAIS DOS SÓCIOS - INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA COM O ART. 135 DO CTN, QUE REGULA A RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO.

Pode-se inferir que a partir do advento da Lei n. 8.620, de 5 de janeiro de 1993, é possível reconhecer a responsabilidade solidária do sócio, quando verificada a existência de débito com a Seguridade Social. Esse dispositivo, previsto na lei ordinária, a bem da verdade, deverá ser interpretado em harmonia com o Código Tributário Nacional, de estatura de lei complementar, sob pena de afronta ao Sistema Tributário Nacional.

Assim, o titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social (art. 13 da Lei n. 8.620/93), quando a obrigação resultar "de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" (art. 135 do CTN). Nesse caminhar, a colenda Segunda Turma, em precedente da lavra da ilustre Ministra Eliana Calmon,

ao se pronunciar acerca do art. 13 da Lei n. 8.620/93, assentou que "o dispositivo retromencionado somente pode ser interpretado em sintonia com o art. 135 do CTN" (REsp 325.375-SC, DJ 21.10.2002).

Recurso especial improvido.

(REsp 736428/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 21/08/2006, p. 243)

Assim sendo, no tocante à legitimidade dos sócios da empresa executada para figurarem no pólo passivo da execução fiscal, o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, estabelece que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.

Gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, é a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente, ou a dissolução irregular da sociedade, sem a devida quitação dos tributos pelos representantes legais da empresa.

No caso sob apreciação, vislumbra-se que a simples quebra não pode ser motivo de inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal, porquanto não há demonstração de prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social. Logo, para que se autorizasse o redirecionamento da execução em face dos sócios co-responsáveis, cumpriria à exequente comprovar a ocorrência de crime falimentar ou a existência de indícios de falência irregular ou fraudulenta.

Dessa forma, não estando comprovados requisitos previstos no artigo 135, inciso III, do CTN, não deve ser autorizada a inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal.

Com efeito, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplifica as ementas abaixo transcritas:

TRIBUTÁRIO - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA - MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA - FALÊNCIA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA FALIDA - PRECEDENTES.

1. A questão da dissolução irregular da empresa decorrente da devolução da carta citatória por aviso de recebimento não foi apreciada pelo Tribunal de origem, fazendo incidir as Súmulas 282 e 356 do STF, ante a ausência de oposição de embargos de declaração.

2. A decretação de falência não autoriza o redirecionamento da execução fiscal. Nestes casos, a responsabilidade é inteiramente da empresa extinta com o aval da Justiça, sem ônus para os sócios, exceto em casos de comportamento fraudulento, fato não constatado pelo Tribunal de origem Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1062182/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. SÓCIOS. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. SÚMULAS 7 E 83/STJ. FALÊNCIA. DISSOLUÇÃO REGULAR.

1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ).

2. A questão relativa ao art. 13 da Lei nº 8.620/93 foi analisada pelo Tribunal a quo sob ótica essencialmente constitucional, de competência do STF e, portanto, fora do âmbito de apreciação do recurso especial.

3. Inexistindo prova de que houve dissolução irregular da empresa, ou de que o representante da sociedade agiu com excesso de mandato ou infringiu lei ou o contrato social, não há que se direcionar para ele a execução.

4. A falência configura forma regular de dissolução da sociedade e não enseja, por si só, o redirecionamento da execução.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 767383/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 25/08/2006, p. 327)

Esse também é o entendimento desta Corte, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 135, III, DO CTN. FALÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA. INCLUSÃO DO SÓCIO-GERENTE NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. INADMISSIBILIDADE.

1. Descabido o reexame necessário de sentença extintiva do processo de execução fiscal por não se subsumir, a hipótese, ao comando do art. 475, incisos I e II do CPC, com a redação da Lei nº 10.352/01.

2. A questão relativa à inclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal enseja controvérsias e as diferenciadas situações que o caso concreto apresenta devem ser consideradas para sua adequada apreciação.

3. O representante legal da empresa executada pode ser responsabilizado em razão da prática de ato com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade. A responsabilidade, nestes casos, deixa de ser solidária e se transfere inteiramente para o representante da empresa que agiu com violação de seus deveres.

4. Não se pode aceitar, indiscriminadamente, quer a inclusão quer a exclusão do sócio-gerente no pólo passivo da execução fiscal. Para a exeqüente requerer a inclusão entendendo que deve, ao menos, diligenciar início de prova das situações cogitadas no art. 135, III, do CTN, conjugando-as a outros elementos, como inadimplemento da obrigação tributária, inexistência de bens penhoráveis da executada, ou dissolução irregular da sociedade.

5. O simples inadimplemento do tributo não se traduz em infração à lei. Precedentes do E. STJ.

6. No caso vertente, a Fazenda Nacional informou que foi decretada a falência da empresa executada, a qual se encontra encerrada.

7. A ocorrência da quebra não enseja, por si só, o redirecionamento da execução contra o sócio responsável. Não há comprovação de que tenha havido crime falimentar ou mesmo irregularidades na falência decretada.

8. Na hipótese, limitou-se a exeqüente a requerer a inclusão no pólo passivo da execução do sócio da empresa, sem qualquer indício de prova das situações a que se refere o art. 135, do CTN.

9. Remessa oficial não conhecida e apelação improvida.

(APELREE 1537502, Des. Rel. Consuelo Yoshida, Sexta Turma, julgado em 27/10/2010, DJF 18/10/2010, p. 598).

Ressalte-se, por fim, que a instrução do agravo com as peças importantes ao julgamento da lide é ônus do recorrente, conforme disposto no artigo 525, inciso II, do Código Processo Civil. Assim, diante da ausência de elementos a ensejar a reforma da decisão agravada, deve a mesma ser mantida.

Isto posto, estando o presente recurso em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, nego seguimento ao Agravo de Instrumento, com fundamento no artigo 557, *caput*, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00076 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043578-13.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.043578-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : DROGAO DA PENHA LTDA e outro
ADVOGADO : ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA e outro
AGRAVADO : ALFREDO GIOVANNINI
ADVOGADO : ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 96.05.01894-2 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela União Federal em face da decisão do Juízo Federal 4ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que reconheceu a ocorrência de prescrição da pretensão executiva em face dos sócios da empresa executada.

Alega a agravante, em síntese, que o marco inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução em face dos sócios deve ser a certidão do Oficial de Justiça, que revela a dissolução irregular da empresa executada, e não a sua citação inicial.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido. (fls. 93/94).

Não houve oferecimento de contraminuta (certidão de fls. 98).

É o relatório. DECIDO.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC.

Embora o redirecionamento da execução deva ocorrer no prazo de cinco anos, contados a partir da citação da pessoa jurídica, no caso dos autos, verifica-se que o motivo autorizador do pedido de inclusão dos sócios, qual seja, a dissolução irregular da sociedade executada, foi levado ao conhecimento da exeqüente somente em julho de 2005, por meio da certidão do Oficial de Justiça (fls. 67). Por sua vez, o pedido de inclusão dos sócios deu-se um mês após tal fato, não havendo que se falar em prescrição intercorrente, de vez que esta supõe a desídia da exeqüente.

Nos termos acima explanados, manifesta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consagrando a aplicação do princípio universal da *actio nata*, consoante exemplifica as ementas a seguir transcritas:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. PRESCRIÇÃO. TEORIA DA "ACTIO NATA". RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. MATÉRIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 393/STJ.

1. O termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagrado no princípio universal da actio nata.
2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.
3. A responsabilidade subsidiária dos sócios, em regra, não pode ser discutida em exceção de pré-executividade, por demandar dilação probatória, conforme decidido no Recurso Especial "repetitivo" 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 1º.4.2009, nos termos do art. 543-C, do CPC.
4. Incidência da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 1196377/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010)

EXECUÇÃO FISCAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA - MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO - "ACTIO NATA".

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o termo inicial da prescrição é o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da actio nata.
2. In casu, não ocorreu a prescrição, porquanto o redirecionamento só se tornou possível a partir da dissolução irregular da empresa executada.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1100907/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009)

Quanto ao pedido de redirecionamento da execução, impõe-se a análise da questão à luz do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.

Gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, é a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente, ou a dissolução irregular da sociedade, sem a devida quitação dos tributos pelos representantes legais da empresa.

Conforme entendimento desta Sexta Turma, a dissolução irregular da sociedade somente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e a conseqüente substituição da responsabilidade tributária, desde que comprovada por documentos que indiquem o encerramento da empresa.

No caso vertente, infere-se que a sociedade teria sido dissolvida irregularmente, conforme certificado pelo Oficial de Justiça (fls. 67), o qual, na tentativa de cumprimento do mandado de intimação de saldo devedor, não localizou a empresa e foi informado que esta encerrou suas atividades.

Assim, havendo indícios de paralisação das atividades da empresa de maneira irregular, configura-se a hipótese a ensejar a responsabilidade dos sócios, nos termos do artigo 135 do Código Tributário Nacional, de modo a autorizar a desconsideração da pessoa jurídica e a conseqüente substituição da responsabilidade tributária.

Com efeito, a súmula 435 do STJ estabelece a presunção de dissolução irregular da empresa, quando esta deixar de funcionar em seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes.

Nesse sentido, tem se orientado a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplifica os arestos abaixo transcritos:

"TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE.

1. O simples indício de ter havido a dissolução irregular da empresa executada, por si só, não autoriza a pretensão de reconduzir o executivo fiscal contra os sócios da empresa. Mas se o indício se torna robusto, amparado por documentos que atestem o provável encerramento das atividades da empresa, torna-se possível autorizar o redirecionamento do executivo fiscal.

2. Recurso especial provido."

(REsp 826.791/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 26.05.2006 p. 251)

TRIBUTÁRIO E EXECUÇÃO FISCAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO. POSSIBILIDADE.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC na hipótese em que a Corte de origem manifesta-se explicitamente sobre as questões embargadas.

2. A existência de indícios que atestem o provável encerramento irregular das atividades da empresa autoriza o redirecionamento do executivo fiscal contra os sócios-gerentes.

3. "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente" (Súmula 435/STJ).

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1144514/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010)

Por fim, verifico que o sócio Alfredo Giovannini, em relação ao qual a agravante requer a inclusão no pólo passivo da execução fiscal (fls. 70/77), ocupa o cargo de sócio-administrador da empresa executada, configurando-se, portanto, preenchido o requisito previsto no art. 135, III, do CTN.

Isto posto, estando a decisão agravada em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dou provimento ao Agravo de Instrumento, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00077 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043593-79.2008.4.03.0000/SP

2008.03.00.043593-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : TOK FINAL PINTURA INDL/ LTDA massa falida
ADVOGADO : RUBENS DE ALMEIDA ARBELLI e outro
EXCLUIDO : JOSE LUIZ MARRA
ADVOGADO : CLAUDIA DE CASSIA MARRA e outro
PARTE RE' : RUTH DE MORAES e outro
: MARIA APARECIDA CARDOSO
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 1999.61.82.051559-8 4F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pela União Federal em face da decisão do Juízo Federal da 4ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que acolheu a exceção de pré-executividade oposta, para excluir do pólo passivo os co-executados Ruth de Moraes, José Luiz Marra e Maria Aparecida Cardoso, tendo reconhecido a ocorrência de prescrição intercorrente.

Alega a agravante, em síntese, que não transcorreu o alegado prazo prescricional em relação aos sócios excluídos do pólo passivo. Sustenta, outrossim, que o pedido de redirecionamento da ação contra os excipientes ocorreu logo após a notícia do encerramento da falência, não havendo inércia da exequente. Aduz, ademais, que a decretação da falência suspende o curso da prescrição nas execuções contra o falido, nos termos do artigo 47 do DL nº 7.661/45 e do art. 6º da Lei 11.101.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 125/126).

Não houve oferecimento de resposta pelos agravados (certidão às fls. 130).

É o relatório. DECIDO.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do CPC.

O redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios da empresa executada deve ocorrer no prazo de cinco anos, contados a partir da citação da pessoa jurídica.

No caso dos autos, a citação da empresa deu-se em 10 de janeiro de 2000 (fls. 21), interrompendo a prescrição também em relação aos sócios. Por seu turno, o pedido de inclusão dos co-responsáveis tributários no pólo passivo da execução foi requerido somente em 18 de abril de 2006 (fls. 84/85), ou seja, depois de transcorridos mais de seis anos da citação da empresa.

Destarte, verifica-se que realmente ocorreu a prescrição intercorrente, eis que decorridos mais de cinco anos entre a data da citação da empresa e o requerimento de citação do sócio.

Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplificam os arestos abaixo transcritos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO. CITAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O redirecionamento da execução fiscal contra o sócio deve ocorrer no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sob pena de prescrição. (AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 7/12/09).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1159990/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 30/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DO EXECUTIVO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO DA EMPRESA DEVEDORA E DOS SÓCIOS. PRAZO DE CINCO ANOS. ART. 174 DO CTN.

1. "A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, consolidou o entendimento de que, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal" (AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 07/12/2009). Ainda, no mesmo sentido: REsp 1.022.929/SC, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, DJe 29/4/2008;

AgRg no Ag 406.313/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 21/2/2008; REsp 975.691/RS, Segunda Turma, DJ 26/10/2007;

REsp 740.292/RS, Rel. Ministro Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/3/2008; REsp 682.782/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3/4/2006.

2. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade a jurisprudência do STJ, não merecendo reparos, pois, in casu, a empresa executada foi citada em 31/12/1992 e o pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo ocorreu em 29/04/2008 (fl. 205), ou seja: não houve a citação dos sócios dentro do prazo prescricional de cinco anos contados da citação da empresa.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1308057/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 26/10/2010)

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIOS.

PRESCRIÇÃO. PEDIDO. REDIRECIONAMENTO POSTERIOR AO QUINQUÍDEO.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. INCIDÊNCIA. ART. 174 DO CTN.

INAPLICABILIDADE. TEORIA DA "ACTIO NATA." 1. A fungibilidade recursal autoriza o recebimento dos embargos declaratórios como agravo regimental tendo em vista sua nítida pretensão infringente.

2. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal (Precedentes: REsp n.º 205.887, DJU de 01/08/2005; REsp n.º 736.030, DJU de 20/06/2005; AgRg no REsp n.º 445.658, DJU de 16.05.2005; AgRg no Ag n.º 541.255, DJU de 11/04/2005).

3. Desta sorte, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, ocorre a prescrição intercorrente inclusive para os sócios.

4. In casu, verifica-se que a empresa executada foi citada em abril de 1999. O pedido de redirecionamento do feito foi formulado em outubro de 2006. Evidencia-se, portanto, a ocorrência da prescrição.

5. A aplicação da Teoria da Actio Nata requer que o pedido do redirecionamento seja feito dentro do período de 5 anos que sucedem a citação da pessoa jurídica, ainda que não tenha sido caracterizada a inércia da autarquia fazendária.. (REsp 975.691/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 26/10/2007 p. 355)

6. Embargos Declaratórios recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento.

(EDcl no AgRg no Ag 1272920/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

Por fim, observo que, contrariamente ao alegado pela agravante, não se aplica ao caso o disposto no artigo 47 do Decreto-Lei n.º 7.661/45, porquanto a cobrança judicial do crédito tributário não se sujeita à habilitação em falência, a teor dos artigos 187 do CTN e 29 da Lei n.º 6.830/80.

Isto posto, estando o presente recurso em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao Agravo de Instrumento, com fundamento no artigo 557, *caput*, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00078 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043840-60.2008.4.03.0000/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Instituto Nacional de Metrologia Normalizacao e Qualidade Industrial INMETRO
ADVOGADO : PAULINE DE ASSIS ORTEGA e outro
AGRAVADO : JOSE SIMAO FERREIRA e outro
: GILBERTO SIMOES FERREIRA
ADVOGADO : SIDNEI DE OLIVEIRA LUCAS e outro
PARTE RE' : A C SERVICOS AUTOMOTIVOS LIMITADA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2005.61.82.015781-7 6F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO contra decisão do Juízo Federal da 6ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que, em sede de exceção de pré-executividade, ao deferir o pedido de exclusão dos sócios José Simão Ferreira e Gilberto Simão Ferreira do pólo passivo da execução fiscal, condenou o exequente, ora agravante, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), em favor de cada excipiente.

Alega o agravante, em síntese, que, quando requereu a inclusão dos sócios no pólo passivo, não constava da certidão da JUCESP a retirada dos excipientes da sociedade, de modo que a condenação em honorários advocatícios foi injustamente imposta ao agravante. Alega, outrossim, que o valor arbitrado mostra-se desproporcional em relação ao valor da dívida, devendo ser reduzido.

Indeferido o efeito suspensivo (fls. 88/89).

Os agravados apresentaram contraminuta (fls. 96/98).

É o relatório. DECIDO.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557 do CPC.

Como relatado, insurge-se o agravante contra a decisão que, ao determinar a exclusão dos excipientes José Simão Ferreira e Gilberto Simão Ferreira, em sede de exceção de pré-executividade, por considerar a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da execução fiscal, condenou a agravante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), para cada sócio excipiente.

Justifica-se a condenação do agravante ao pagamento da verba honorária em favor dos referidos excipientes, em homenagem ao princípio da causalidade, uma vez que estes foram obrigados a contratar advogado para postular em Juízo a exclusão da lide.

Ademais, em relação a tais excipientes, que tiveram sua ilegitimidade passiva reconhecida, materializou-se a extinção da execução fiscal, o que, por certo, legitima a fixação de honorários advocatícios em favor dos mesmos.

Por outro lado, observo a responsabilidade do agravante na inclusão dos excipientes no pólo passivo da execução, por ter sido requerida às fls. 17, sem a devida conferência da ficha cadastral emitida pela JUCESP, na qual havia evidente erro material com a duplicidade da retirada dos sócios Josephina Menezes de Campos e Roberto Galvane Jorge Luiz e omissão em relação à retirada dos excipientes.

Nesse sentido, posiciona-se esta Sexta Turma, *in verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXCLUSÃO DE SÓCIO DO PÓLO PASSIVO DO FEITO - CONDENAÇÃO DA EXEQUENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
1. *Por força da execução promovida, o executado opôs exceção de pré-executividade e incorreu nas despesas inerentes à contratação de advogado. Em regra, por força do princípio da causalidade, devem ser reembolsadas as despesas havidas pela executada.*
2. *Aplicação, por similaridade da Súmula 153 do Superior Tribunal de Justiça, não obstante a defesa tenha sido realizada nos próprios autos da execução fiscal.*
3. *No caso em exame, levando-se em conta o valor da execução atualizado até agosto de 2007 (R\$ 18.652,69), bem como considerando que o gravame imposto ao vencido deve pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e que a solução da causa não envolveu grande complexidade, impõe-se a fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor atribuído a causa, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Precedentes desta C. Turma."*
(Des. Rel. Mairan Maia, Sexta Turma, AI 2009.03.00.024251-3, data da decisão: 01/10/2009, DJU 23/10/2009, pág. 850).

Com efeito, esse também é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa a seguir transcrita, cujos termos se adéquam perfeitamente ao presente caso:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA - ACOLHIMENTO - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO - PRECEDENTES.

1. *A agravante defende a tese de ser incabível a fixação de honorários sucumbenciais no caso em tela, tendo em vista que a decisão que acolheu a exceção de pré-executividade e excluiu o agravado do pólo passivo da relação processual não extingue o feito.*

2. A despeito de ser a exceção de pré-executividade mero incidente ocorrido no processo de execução, na hipótese, o seu acolhimento para o fim de declarar a ilegitimidade passiva ad causam dos recorrentes torna cabível a fixação de verba honorária.

3. O entendimento desta Corte segue a orientação no sentido de que cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na hipótese em que a exceção de pré-executividade é acolhida, ainda que não ocorra a extinção completa da execução.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1134076/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 29/10/2009)

Por fim, no tocante à proporcionalidade do valor da condenação, entendo correta a fixação no montante de R\$ 500,00 (quinhentos reais), para cada sócio excluído, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

Diante do acima exposto, estando o presente recurso em confronto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, nego seguimento ao agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Após as providências necessárias, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00079 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0044660-79.2008.4.03.0000/SP

2008.03.00.044660-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : JOSE MOISES WEISSBURT
ADVOGADO : JOSE ANTONIO BALIEIRO LIMA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
PARTE RE' : IND/ COM/ E REPRESENTACOES TEXTEIS JM LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 98.05.29027-1 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por José Moises Weissburt contra decisão do Juízo Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela agravante.

Alega o agravante, em síntese, que restou demonstrado por meio de provas documentais que aderiu ao plano de parcelamento PAES, devendo ser suspensa a exigibilidade do débito, nos moldes do artigo 151, inciso VI, do CTN.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 188/189).

Contraminuta juntada às fls. 194/198.

É o relatório. DECIDO.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do CPC.

A exceção de pré-executividade decorre de construção doutrinária-jurisprudencial e tem sido admitida nos casos em que o Juízo pode conhecer a matéria, de ofício, sem a necessidade de dilação probatória.

A questão do pagamento integral ou parcial do débito, mediante adesão a programas de parcelamento, exige cognição plena, o que implicaria em dilação probatória, admissível apenas em sede de embargos do devedor.

De fato, não há como aferir, de plano, se os valores recolhidos pelo agravante a título de parcelamento correspondem ao total da dívida cobrada por meio desta execução fiscal, mormente no caso dos autos, em que a Fazenda Nacional manifestou-se expressamente no sentido do indeferimento do PAES ao executado.

Destarte, cabe ao recorrente a oposição de tais embargos para discutir a matéria alegada, porquanto é, por meio destes, que o embargante pode exercer plenamente o seu direito de defesa, não cabendo esta análise pela via da exceção de pré-executividade.

Saliente-se, para esse fim, que o artigo 16, §2º, da LEF, dispõe que, no prazo dos embargos, o executado poderá alegar, frise-se, toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a matéria sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), pacificou entendimento a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade, conforme os julgados a seguir colacionados, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCABIMENTO. SÚMULA Nº 393/STJ. MATÉRIA TAMBÉM

**JULGADA SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (RECURSOS REPETITIVOS).
AGRAVO IMPROVIDO.**

1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória." (Súmula do STJ, Enunciado nº 393).

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1139399/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 08/04/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COBRANÇA, VIA EXECUÇÃO FISCAL, DE CRÉDITO ORIUNDO DA CESSÃO DE CRÉDITO PREVISTA NA MP N. 2.196-3/2001. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO E DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.110.925/SP PELO REGIME DO ART. 543-C, DO CPC.

1. Não cabe a esta Corte se manifestar sobre violação a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte sufragam entendimento no sentido de que : (a) "a cessão de crédito difere da novação da dívida, por não implicar a extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação"; (b) inexistente "mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal", pois "a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei 6.830/80, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si" (REsp 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.9.2008 e REsp 1.086.169/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 15.4.2009).

3. No que tange à alegação de cabimento de exceção de pré-executividade na hipótese, melhor sorte não assiste aos agravantes. É que a Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp n. 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C, do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória".

4. Não é de se cogitar que o juiz possa conhecer de ofício, em sede de execução fiscal, de nulidade do processo administrativo sob o qual constituiu-se o crédito exequendo, mormente pelo fato de que a execução fiscal pressupõe o encerramento daquele, possuindo, ainda, presunção de certeza e liquidez da CDA nos termos dos arts. 3º da Lei n. 6.830/80 e 204 do CTN.

5. A exceção de pré-executividade se presta a provocar o magistrado a se pronunciar sobre questão que, a rigor, não necessita de alegação das partes, visto que somente pode versar sobre matérias cognoscíveis de ofício, o que efetivamente, não é o caso dos autos, sendo certo que os embargos à execução são a via adequada para desconstituir a CDA com base em provas.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1116655/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 16/09/2009)

Esse também é o entendimento desta Corte, conforme ementa a seguir transcrita:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. MATÉRIA PASSIVEL DE DISCUSSÃO SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS DO DEVEDOR.

1. A exceção de pré-executividade, criação jurisprudencial, não pode ensejar, em substituição aos embargos com as garantias que lhe são próprias, senão que a discussão da nulidade formal do título, baseada em alegação passível de apreciação mesmo de ofício e desde que ausente a necessidade de dilação probatória.

2. As questões, propriamente de mérito, que envolvam a desconstituição, sob a ótica não apenas formal, da presunção de liquidez e certeza do título, devem ser discutidas na via dos embargos do devedor, campo próprio para ampla alegação e impugnação, com possibilidade de instrução.

3. A ampliação do campo cognitivo da exceção de pré-executividade, para além dos casos de nulidade, nas condições próprias especificadas, desequilibra a relação processual, permitindo ao devedor, fora de situações excepcionais, a suspensão da execução fiscal, sem arcar com a contrapartida, como ocorre nos embargos, da garantia do Juízo, em favor do crédito tributário, que se presume líquido e certo e que, até sua desconstituição, goza de privilégios legalmente previstos.

4. Precedentes."

(6ª Turma, Rel. Des. Carlos Muta, v.u., DJU DATA: 03/03/2006, pág. 237).

Ante o exposto, estando o presente recurso em confronto com a jurisprudência do STJ e desta Corte, nego seguimento ao presente agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, caput, do CPC.

Intime-se. Publique-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00080 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0044747-35.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.044747-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : SALVADOR PERROTTI e outros
: PAULO SALVADOR RIBEIRO PERROTTI
: MIGUEL FERNANDO RIBEIRO PERROTTI
ADVOGADO : FERNANDO MAURO BARRUECO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
PARTE RE' : PERROTTI INFORMATICA COML/ IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA e
outros
: CASSIA HELENA RIBEIRO PERROTTI FAGUNDES
: TEREZINHA CASSIA DE MELO RIBEIRO PERROTTI
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2004.61.82.058043-6 7F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Salvador Perrotti e outros em face da decisão do Juízo Federal da 7ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelos agravantes.

Alegam os agravantes, em síntese, sua ilegitimidade de parte para figurar no pólo passivo da execução fiscal, diante da ausência dos requisitos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Sustentam, por fim, a decadência do crédito tributário.

Deferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 319/321).

Em face da decisão monocrática do relator, a agravada apresentou pedido de reconsideração, juntamente com sua contraminuta de fls. 326/329, diante do qual foi proferido o despacho de fls. 331, que manteve a decisão liminar, por seus próprios fundamentos.

É o relatório. Decido.

A exceção de pré-executividade visa à apresentação de defesa do devedor, sem a garantia do Juízo, sendo admitida quando há objeções, ou seja, questões de ordem pública, como as que envolvem os pressupostos processuais e as condições da ação, desde que comprovadas de plano, o que se verifica no caso dos autos, consoante a seguir explanado. Do exame dos autos, constata-se que o fundamento utilizado pela exequente para o pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal seria a dissolução irregular da empresa, que não mais opera no endereço constante do cadastro do Fisco, aliada à responsabilidade solidária prevista no artigo 8º do Decreto-lei nº 1.736/79, por se tratar de cobrança relativa ao IRRF..

No tocante à responsabilidade solidária entre os sócios da empresa executada, o artigo 124 do Código Tributário Nacional expressamente estabelece:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade prevista neste artigo não comporta benefício de ordem.

No caso vertente, observo que, em se tratando de cobrança IRRF, afigura-se plausível a alegação de que o Decreto-Lei nº 1.736, de 20/012/1979, foi recepcionado pela nova ordem constitucional com natureza de lei ordinária, de modo que suas disposições integram o regramento contido no inciso II do artigo acima transcrito. A propósito, reproduzo o art. 8º do mencionado diploma:

Art. 8º - São solidariamente responsáveis com o sujeito passivo os acionistas controladores, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelos créditos decorrentes do não recolhimento do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda descontado na fonte.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas referidas neste artigo restringe-se ao período da respectiva administração, gestão ou representação.

Embora esteja prevista a responsabilidade solidária dos acionistas controladores, gerentes e representantes, entendo que referida norma deve ser interpretada em consonância com as disposições da legislação tributária, ou seja, o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Esse é o entendimento uníssono no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consoante elucidam as ementas abaixo colacionadas:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO SÓCIO-GERENTE.

1. A responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.

2. Não importa se o débito é referente ao IPI (DL n. 1.739/79). O ponto central é que haja comprovação de dissolução irregular da sociedade ou infração à lei praticada pelo sócio-gerente.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 910383/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 16/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN.

1. Inocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à interposição do recurso foi devidamente apreciada no aresto atacado, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada.

2. Não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

3. As funções dos embargos de declaração, por sua vez, são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão.

4. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

5. Em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

6. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

7. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal.

Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior.

8. Não importa se o débito é referente ao IPI (DL nº 1.739/79). O ponto central é que haja comprovação de dissolução irregular da sociedade ou infração à lei praticada pelo dirigente/sócio.

9. Descabe, nas vias estreitas de embargos declaratórios, que a matéria seja reexaminada, no intuito de ser revista ou reconsiderada a decisão proferida. Não preenchimento dos requisitos necessários e essenciais à sua apreciação.

10. Embargos rejeitados.

(EDcl no AgRg no Ag 471387/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 223)

Dessa forma, em conformidade com os fundamentos acima expendidos, eventual responsabilização dos sócios somente pode ser analisada à luz do disposto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei. Gestão com excesso de poderes, ou infração à lei ou contrato, é a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente, ou a dissolução irregular da sociedade, sem a devida quitação dos tributos pelos representantes legais da empresa.

Conforme entendimento desta Sexta Turma, a dissolução irregular da sociedade somente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e a conseqüente substituição da responsabilidade tributária, desde que comprovada por documentos que indiquem o encerramento irregular da empresa, o que não se constata, da análise dos autos.

No caso vertente, entendo que o fundamento utilizado pela exequente, consistente na não localização da executada em decorrência de mera tentativa de citação frustrada, por aviso de recebimento (fls. 79), não é suficiente à configuração da dissolução irregular.

Assim, inexistindo a comprovação de indícios de paralisação das atividades da empresa de maneira irregular, não existe fundamento legal a autorizar a desconsideração da pessoa jurídica e a consequente substituição da responsabilidade tributária.

Nesse sentido tem se orientado a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplifica os arestos abaixo transcritos:

EXECUÇÃO FISCAL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA PELOS CORREIOS - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR - PRECEDENTES.

1. Esta Corte tem o entendimento de que os indícios que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades, como certidão do oficial de justiça, são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público e veracidade do registro empresarial.

2. Não se pode considerar indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade a carta citatória devolvida pelos correios. Precedentes: REsp 1017588/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 1017588/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 1072913/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4.3.2009.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1086791/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009)

"TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE.

1. O simples indício de ter havido a dissolução irregular da empresa executada, por si só, não autoriza a pretensão de reconduzir o executivo fiscal contra os sócios da empresa. Mas se o indício se torna robusto, amparado por documentos que atestem o provável encerramento das atividades da empresa, torna-se possível autorizar o redirecionamento do executivo fiscal.

2. Recurso especial provido."

(REsp 826.791/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 26.05.2006 p. 251)

Com efeito, esse também é o entendimento desta Corte, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO SÓCIO-GERENTE NO PÓLO PASSIVO.

I - Os sócios, em princípio, são pessoalmente responsáveis pelos créditos advindos de obrigações tributárias resultantes de atos cometidos com excesso de poder ou infração à Lei.

II - A simples devolução do AR não induz a presunção de inexistência de bens da empresa para a garantia do Juízo, devendo ser expedido mandado de citação a ser cumprido por meio de oficial de justiça com o encargo de esgotar os meios de busca de bens da sociedade antes de se incluir o sócio no pólo passivo da execução.

III - Tendo em vista que a mera devolução de AR não enseja a responsabilização dos sócios da executada, não localizada a empresa em seu endereço cadastral não há qualquer óbice a que se promova sua citação na pessoa de seu atual representante legal, em seu endereço residencial via postal e/ou via oficial de justiça. Isto porque é medida que resguarda os interesses da Fazenda Pública e evita a inclusão, por vezes desnecessária dos sócios de empresa.

Afastada a preclusão de novo pedido de redirecionamento.

IV - Agravo de instrumento improvido.

(AI 340496, Proc. n. 2008.03.00.025372-5, Des. Fed. Rel. Alda Bastos, Quarta Turma, julgado em 15/01/2009, DJF em 24/03/2009, pág. 950)

Constatada, portanto, a ilegitimidade passiva dos agravantes, resta prejudicado o exame da decadência do crédito tributário.

Por fim, em atenção ao princípio da causalidade, considerando que os agravantes foram obrigados a contratar advogado para postular sua exclusão da lide, condeno a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos sócios agravantes, os quais fixo em 10% sobre o valor da causa atualizado, limitado a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Isto posto, estando a decisão agravada em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, dou provimento ao Agravo de Instrumento, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

00081 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0044866-93.2008.4.03.0000/SP
2008.03.00.044866-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : GRAFICA SILFAB LTDA
ADVOGADO : JOSE EDUARDO SILVERINO CAETANO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 2007.61.82.005253-6 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Gráfica Silfab Ltda contra decisão do Juízo Federal da 3ª Vara de Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela agravante, por entender que a matéria deduzida somente pode ser apreciada em sede de embargos à execução;

Alega a agravante, em síntese, que a presente exceção deve ser acolhida, para reconhecimento da carência da ação, por falta de interesse de agir, tendo em vista que o crédito pleiteado pela exequente já foi pago mediante compensação.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 90/91).

Contraminuta juntada às fls. 100/104.

É o relatório. DECIDO.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do CPC.

A exceção de pré-executividade decorre de construção doutrinária-jurisprudencial e tem sido admitida nos casos em que o Juízo pode conhecer a matéria, de ofício, sem a necessidade de dilação probatória.

No caso, considerando a manifestação da União, a questão do pagamento do débito, mediante compensação, exige cognição plena, o que implicaria em dilação probatória, admissível apenas em sede de embargos do devedor.

Destarte, cabe à recorrente a oposição de tais embargos para discutir a matéria alegada, porquanto é, por meio destes, que o embargante pode exercer plenamente o seu direito de defesa, não cabendo esta análise pela via da exceção de pré-executividade.

Saliente-se, para esse fim, que o artigo 16, §2º, da LEF, dispõe que, no prazo dos embargos, o executado poderá alegar, frise-se, toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a matéria sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), pacificou entendimento a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade, conforme os julgados a seguir colacionados, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCABIMENTO. SÚMULA Nº 393/STJ. MATÉRIA TAMBÉM JULGADA SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (RECURSOS REPETITIVOS). AGRAVO IMPROVIDO.

1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória." (Súmula do STJ, Enunciado nº 393).

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1139399/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 08/04/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COBRANÇA, VIA EXECUÇÃO FISCAL, DE CRÉDITO ORIUNDO DA CESSÃO DE CRÉDITO PREVISTA NA MP N. 2.196-3/2001. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO E DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.110.925/SP PELO REGIME DO ART. 543-C, DO CPC.

1. Não cabe a esta Corte se manifestar sobre violação a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de questionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte sufragam entendimento no sentido de que : (a) "a cessão de crédito difere da novação da dívida, por não implicar a extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação"; (b) inexistente "mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal", pois "a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei 6.830/80, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si" (REsp 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.9.2008 e REsp 1.086.169/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 15.4.2009).

3. No que tange à alegação de cabimento de exceção de pré-executividade na hipótese, melhor sorte não assiste aos agravantes. É que a Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp n. 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C, do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos, consolidou

entendimento no sentido de que "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória".

4. Não é de se cogitar que o juiz possa conhecer de ofício, em sede de execução fiscal, de nulidade do processo administrativo sob o qual constituiu-se o crédito exequendo, mormente pelo fato de que a execução fiscal pressupõe o encerramento daquele, possuindo, ainda, presunção de certeza e liquidez da CDA nos termos dos arts. 3º da Lei n. 6.830/80 e 204 do CTN.

5. A exceção de pré-executividade se presta a provocar o magistrado a se pronunciar sobre questão que, a rigor, não necessita de alegação das partes, visto que somente pode versar sobre matérias cognoscíveis de ofício, o que efetivamente, não é o caso dos autos, sendo certo que os embargos à execução são a via adequada para desconstituir a CDA com base em provas.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1116655/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 16/09/2009)

Esse também é o entendimento desta Corte, conforme ementa a seguir transcrita:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. MATÉRIA PASSIVEL DE DISCUSSÃO SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS DO DEVEDOR.

1. A exceção de pré-executividade, criação jurisprudencial, não pode ensejar, em substituição aos embargos com as garantias que lhe são próprias, senão que a discussão da nulidade formal do título, baseada em alegação passível de apreciação mesmo de ofício e desde que ausente a necessidade de dilação probatória.

2. As questões, propriamente de mérito, que envolvam a desconstituição, sob a ótica não apenas formal, da presunção de liquidez e certeza do título, devem ser discutidas na via dos embargos do devedor, campo próprio para ampla alegação e impugnação, com possibilidade de instrução.

3. A ampliação do campo cognitivo da exceção de pré-executividade, para além dos casos de nulidade, nas condições próprias especificadas, desequilibra a relação processual, permitindo ao devedor, fora de situações excepcionais, a suspensão da execução fiscal, sem arcar com a contrapartida, como ocorre nos embargos, da garantia do Juízo, em favor do crédito tributário, que se presume líquido e certo e que, até sua desconstituição, goza de privilégios legalmente previstos.

4. Precedentes."

(6ª Turma, Rel. Des. Carlos Muta, v.u., DJU DATA: 03/03/2006, pág. 237).

Ante o exposto, estando o presente recurso em confronto com a jurisprudência do STJ e desta Corte, nego seguimento ao presente agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, caput, do CPC.

Intime-se. Publique-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00082 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035300-96.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.035300-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : CARDANTEC SOM E IMAGEM LTDA
: VICENTE DE PAULA SALVIA
ADVOGADO : ANA LUCIA MONTEIRO SEBA
No. ORIG. : 99.00.00606-7 A Vr COTIA/SP
DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que julgou extintas as execuções, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC.

Condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 pata todas as ações, nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. Recurso especial provido em parte."

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Logo, se as parcelas do tributo em questão foram declaradas pela empresa e venceram-se entre a data de 29/02/96 e 31/01/97, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar nº. 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei nº 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por fim, quanto aos honorários, mantenho-os como fixados, porquanto atendem ao disposto no art. 20 e seus parágrafos do CPC.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00083 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035301-81.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.035301-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : CARDANTEC SOM E IMAGEM LTDA e outro
: VICENTE DE PAULA SALVIA
ADVOGADO : ANA LUCIA LOPES MONTEIRO
No. ORIG. : 00.00.01123-2 A Vr COTIA/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, acolheu a exceção de pré-executividade e, em consequência, reconheceu a prescrição do crédito e julgou extinta a execução, nos termos do artigo 618, inciso I, do CPC. Condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expandidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. Recurso especial provido em parte."

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Logo, se as parcelas do tributo em questão foram declaradas pela empresa e venceram-se entre a data de 28/02/95 e 31/01/96, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar n.º 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei n.º 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por fim, quanto aos honorários, mantenho-os como fixados, porquanto atendem ao disposto no art. 20 e seus parágrafos do CPC.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00084 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0044828-57.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.044828-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : R S DE GARÇA ELETRONICA LTDA -EPP
ADVOGADO : JOSE ROBERTO RAMALHO
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
INTERESSADO : SIMONE SIMOES DE LIMA e outro
: EUNICE VERONEZ SIMOES
No. ORIG. : 04.00.00039-9 2 Vr GARÇA/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta por R S DE GARÇA ELETRÔNICA LTDA, contra sentença que julgou extinto com resolução de mérito os embargos à execução fiscal para declarar constitucional a taxa - Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC - como índice de correção monetária. Condenou, ainda, a embargante em 10% sobre o valor total do débito.

Em suas razões recursais, a embargante pugna pela total reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório

DECIDO.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo é parcialmente procedente, nos termos que passo a fundamentar.

O comando atual do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

No caso em questão, não constitui irregularidade o fato do débito fiscal vir inscrito em UFIR na Certidão da Dívida Ativa, por representar tão somente um índice para expressão de valores. Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA E RESPECTIVA CERTIDÃO. VALORES EXPRESSOS EM UFIR. ADMISSIBILIDADE.

Podem os débitos para com a Fazenda Nacional ser inscritos pelo valor expresso em quantidade de UFIR." (STJ, Resp 143241/RS, Rel. MIN. HELIO MOSIMANN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/1998, DJ 16/11/1998 p. 55)

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS IMPROVIDOS. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. VALORES EM UFIR. LEI 8.383/91 (ART. 57). CTN, ARTS. 202 E 203.

1. Inexistência de incompatibilidade entre o artigo 57, Lei 8.383/91, e o artigo 202, II, CTN. Persistência da liquidez e certeza da dívida expressada em UFIR.

2. *Precedentes jurisprudenciais.*

3. *Recurso improvido."*

(STJ, REsp 106131/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/1998, DJ 24/08/1998 p. 9)

Ademais, a dívida também vem inscrita em moeda corrente nacional, o que afasta qualquer prejuízo ao contribuinte.

No tocante a incidência da taxa SELIC sobre o valor dos débitos exequendos é legítima, pois composta de taxa de juros e correção monetária, a partir de 1º de janeiro de 1996. Inadmissível sua cumulação com quaisquer outros índices de correção monetária e juros, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de capitalização de juros e de ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSENSO.

1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade.

2. A jurisprudência da Primeira Seção, não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e *mutatis mutandis*, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública.

3. A utilização da taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: AgRg no Ag 649.394/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 21.11.2005; REsp 586.219/MG, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02.05.2005; EREsp 419.513/RS, Min. JOSÉ DELGADO, DJ 08.3.2004).

(...)

10. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - TAXA SELIC - EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL - APLICABILIDADE.

1. A *eg. Primeira Seção* deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa SELIC sobre débitos e créditos tributários.

2. É possível a utilização da Taxa Selic na atualização monetária de créditos tributários federais, e, havendo lei do ente federativo, em relação também aos estaduais e municipais. Precedentes.

3. *Recurso especial provido."*

(STJ, REsp 1099363/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 27/05/2009)

Por fim, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 1.025/69 e legislação posterior, é devido nas execuções fiscais promovidas pela União Federal, destinando-se a custear as despesas com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, quando os embargos forem julgados improcedentes ou mesmo parcialmente procedentes. Súmula n. 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Em face das peculiaridades do processo executivo, a exigência não constitui violação à Carta Magna e a princípios constitucionais, processuais ou tributários.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LIQUIDEZ. SÚMULA 7/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL REFERENTE A OMISSÃO. ART. 460 DO CPC ESTRANHO AO PLEITO. LAUDO PERICIAL NÃO ACOLHIDO. FACULDADE DO JUIZ. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ENCARGO LEGAL. APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE JUROS MORATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 284/STF.

1. Inviável apreciar, em Recurso Especial, suposta iliquidez da CDA, considerando que o Tribunal de origem fundamentou adequadamente o entendimento pela higidez do título (Súmula 7/STJ). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O art. 460 do CPC não dá suporte ao argumento recursal, pois os contribuintes referem-se a suposta omissão do Tribunal de origem (e não a julgamento extra petita). De qualquer forma, o Tribunal a quo manifestou-se expressamente a respeito da questão suscitada pelos recorrentes.

3. O julgador não fica adstrito ao laudo pericial e pode apreciar livremente a prova, desde que fundamente, de forma adequada, seu entendimento. Precedentes do STJ.

4. O encargo legal de 20% previsto no art. 1º do DL 1.025/1969 substitui os honorários na Execução e nos Embargos, descabendo nova condenação a esse título (Súmula 168/TRF).

5. Impossível a análise do argumento recursal no sentido de que a TR não pode ser adotada como índice de correção monetária, pois o TRF consignou expressamente sua aplicação como juros moratórios (Súmula 284/STF), o que, ademais, é aceito pela jurisprudência do STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido."

(STJ, REsp 1113952/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)

Desta forma, impõe-se afastar a condenação da embargante nos honorários advocatícios fixada na sentença.

Em face de todo o exposto, nos termos do CPC, art. 557, dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação em honorários da sentença, em razão da cobrança do Decreto-Lei 1.025/69.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00085 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0051666-16.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.051666-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
PARTE AUTORA : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
PARTE RÉ : ERNESTO ANTONIO DA SILVA
ADVOGADO : FABIO DE SOUSA NUNES DA SILVA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ANDRADINA SP
No. ORIG. : 07.00.00067-6 1 Vr ANDRADINA/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de execução fiscal, ajuizada pela União (Fazenda Nacional), objetivando a cobrança de tributo inscritas na dívida ativa.

O Juízo a quo julgou extinta a execução, com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Por força do reexame necessário subiram os autos a este E. Tribunal

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

O reexame necessário, condição de eficácia das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil, refere-se ao processo de conhecimento e não ao de execução da dívida ativa.

Com efeito, conforme explicitado no inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil, limita-se o reexame necessário na hipótese de serem os embargos opostos em face da execução fiscal julgados procedentes no todo ou em parte. No caso, os embargos não foram opostos, daí porque incabível o reexame necessário.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. ARTS. 475, II, CPC (NOVA REDAÇÃO). EXEGESE. ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL. ENUNCIADO N. 168 DA SÚMULA/STJ. EMBARGOS DESACOLHIDOS.

- O legislador, ao tratar do reexame necessário, limitou seu cabimento, relativamente ao processo de execução, quando procedentes embargos opostos em execução de dívida ativa, silenciando-se quanto aos outros casos de embargos do devedor."

(STJ, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 18.08.2003 p. 149).

"PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 174, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - A sentença não está sujeita ao reexame necessário, porquanto o duplo grau de jurisdição obrigatório aplica-se tão somente ao processo de conhecimento. Outrossim, o disposto no art. 475, inciso II, do Código de Processo Civil refere-se à sentença de procedência dos embargos, os quais, no caso, não foram opostos.

II - Em se tratando de tributos sujeitos à homologação, considera-se constituído o crédito tributário, para efeitos da aplicação do art. 174 do Código Tributário Nacional, a partir do momento da entrega da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), vale dizer, quando o contribuinte reconhece seu débito junto ao Fisco.

III - Condenação em honorários advocatícios afastada, ante a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, caput, do Código de

Processo Civil.

IV - Remessa oficial não conhecida. Apelação parcialmente provida."

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC n.º 2003.61.82.071878-8, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, DJU 16/07/2007, p. 393).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REEXAME NECESSÁRIO - INAPLICABILIDADE

O reexame necessário, condição de eficácia das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil, refere-se ao processo de conhecimento e não ao de execução da dívida ativa.

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AC n.º 0017071-55.2003.4.03.0399/SP, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, DJU

D.E.Publicado em 18/5/2010).

Em face de todo o exposto, com fundamento no artigo 557, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao reexame necessário.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00086 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0059114-40.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.059114-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : BAMBOZZI REFORMA DE MAQUINAS LTDA
ADVOGADO : PAULO AUGUSTO BERNARDI
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 08.00.00000-8 1 Vr MATAO/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta por BAMBOZZI REFORMA DE MÁQUINA LTDA, contra sentença que julgou improcedentes os embargos para declarar constitucional a taxa - Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC - como índice de correção monetária e manter a multa de mora como instituída na CDA. Condenou, ainda, a embargante em 15% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, a embargante pugna pela total reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo é parcialmente procedente, nos termos que passo a fundamentar.

O ordenamento adotado pelo art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

No tocante a incidência da taxa SELIC sobre o valor do débito exequendo é legítima, pois composta de taxa de juros e correção monetária, a partir de 1º de janeiro de 1996. Inadmissível sua cumulação com quaisquer outros índices de correção monetária e juros, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de capitalização de juros e de ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSENSO.

1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade.

2. A jurisprudência da Primeira Seção, não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública.

3. A utilização da taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: AgRg no Ag 649.394/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 21.11.2005; REsp 586.219/MG, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02.05.2005; EREsp 419.513/RS, Min. JOSÉ DELGADO, DJ 08.3.2004).

(...)

10. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - TAXA SELIC - EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL - APLICABILIDADE.

1. A eg. Primeira Seção deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa SELIC sobre débitos e créditos tributários.

2. É possível a utilização da Taxa Selic na atualização monetária de créditos tributários federais, e, havendo lei do ente federativo, em relação também aos estaduais e municipais. Precedentes.

3. Recurso especial provido."

(STJ, REsp 1099363/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 27/05/2009)

Quanto à multa moratória, sua imposição objetiva penalizar o contribuinte em razão do atraso no recolhimento do tributo, sendo inaplicável na espécie a multa nos parâmetros do art. 52 do CDC, vez que se destinam apenas às relações de consumo, e, fixada em 20% (vinte por cento) está em consonância com a legislação aplicável aos débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REQUISITOS DA CDA. DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC.

1. Em execução fiscal é desnecessária a apresentação de demonstrativo de débito, nos termos do art. 614 do CPC, sendo suficiente a juntada da Certidão de Dívida Ativa - CDA, que observe o disposto no art. 2º da Lei nº 6.830/80.

2. É devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal.

3. Em se tratando de tributo lançado por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, fica elidida a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco quanto aos valores declarados.

4. A declaração do contribuinte "constitui" o crédito tributário relativo ao montante informado e torna dispensável o lançamento.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 693649/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 21/11/2005, p. 191)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. ARGÜIÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MULTA MORATÓRIA. ART. 52 DO CDC. INAPLICABILIDADE.

1. Não merece conhecimento o recurso especial fundado em alegação genérica ao artigo 535 do Digesto Processual Civil. Aplicação da Súmula 284/STF.

2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ).

3. "A redução da multa moratória para o percentual máximo de 2% (dois por cento), nos termos do que dispõe o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, com a redação alterada pela Lei nº 9.298/96, aplica-se apenas às relações de consumo, de natureza contratual, atinentes ao direito privado, não se aplicando às multas tributárias, que estão sujeitas a legislação própria" (REsp 674.882/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 14.02.05).

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no Ag 847574/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 14/05/2007, p. 271)

TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. MULTA. CUMULAÇÃO.

1. A cumulação de multa com juros de mora não configura bis in idem. Estes são devidos para compensar a perda financeira decorrente do atraso do pagamento, enquanto a multa tem finalidade punitiva ao contribuinte omissor.

2. Recurso especial provido.

(REsp 624880/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 08/02/2007, p. 314)

Por fim, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 1.025/69 e legislação posterior, é devido nas execuções fiscais promovidas pela União Federal, destinando-se a custear as despesas com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, quando os embargos forem julgados improcedentes ou mesmo parcialmente procedentes. Súmula n. 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Em face das peculiaridades do processo executivo, a exigência não constitui violação à Carta Magna e a princípios constitucionais, processuais ou tributários.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LIQUIDEZ. SÚMULA 7/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL REFERENTE A OMISSÃO. ART. 460 DO CPC ESTRANHO AO PLEITO. LAUDO PERICIAL NÃO ACOLHIDO. FACULDADE DO JUIZ. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ENCARGO LEGAL. APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE JUROS MORATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 284/STF.

1. Inviável apreciar, em Recurso Especial, suposta iliquidez da CDA, considerando que o Tribunal de origem fundamentou adequadamente o entendimento pela higidez do título (Súmula 7/STJ). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O art. 460 do CPC não dá suporte ao argumento recursal, pois os contribuintes referem-se a suposta omissão do Tribunal de origem (e não a julgamento extra petita). De qualquer forma, o Tribunal a quo manifestou-se expressamente a respeito da questão suscitada pelos recorrentes.

3. O julgador não fica adstrito ao laudo pericial e pode apreciar livremente a prova, desde que fundamente, de forma adequada, seu entendimento. Precedentes do STJ.

4. O encargo legal de 20% previsto no art. 1º do DL 1.025/1969 substitui os honorários na Execução e nos Embargos, descabendo nova condenação a esse título (Súmula 168/TRF).

5. Impossível a análise do argumento recursal no sentido de que a TR não pode ser adotada como índice de correção monetária, pois o TRF consignou expressamente sua aplicação como juros moratórios (Súmula 284/STF), o que, ademais, é aceito pela jurisprudência do STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido."

(STJ, REsp 1113952/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJE 27/08/2009)

Desta forma, impõe-se afastar a condenação da embargante nos honorários advocatícios fixada na sentença.

Em face de todo o exposto, nos termos do CPC, art. 557, dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação em honorários da sentença, em razão da cobrança do Decreto-Lei 1.025/69.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00087 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0000821-22.2008.4.03.6105/SP
2008.61.05.000821-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
PARTE AUTORA : JOSE ANTONIO MORENO MARTIN
ADVOGADO : ADALBERTO ROSSETTO e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu a ordem, em mandado de segurança, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas rescisórias relativas às férias indenizadas, vencidas e proporcionais, e respectivos terços constitucionais.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seus respectivos adicionais. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e

j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;

b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;

c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;

d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. *Recurso especial parcialmente provido.*"

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. *As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.*

2. *Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).*

3. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.*

4. *Recurso especial conhecido parcialmente e improvido.*"

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00088 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001308-65.2008.4.03.6113/SP

2008.61.13.001308-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : SAMELLO FRANCHISING LTDA

ADVOGADO : ANA PAULA FAVA FERREIRA e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

Desistência

Fls.448. Homologo a desistência requerida, nos termos dos artigos 501 e 502 do CPC. Cumpridas as formalidades legais, baixem os autos a origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00089 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0023925-06.2008.4.03.6182/SP

2008.61.82.023925-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : BST BEST SERVICE TECHNOLOGY IND/ E COM/ LTDA e outros

: LUIZ ANTONIO CAMPOS PEREIRA

: MARIZA ANGELICA DE ANDRADE PAULICEK

: PETER PAULICEK

ADVOGADO : MARIA ROSANA FANTAZIA SOUZA ARANHA e outro

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 10 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP

No. ORIG. : 00239250620084036182 10F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que declarou a decadência dos créditos e, conseqüentemente, extinto o processo, com fundamento nos artigos 269, IV, do CPC.

Condenou a exequente com a verba honorária em R\$ 5.000,00, corrigido monetariamente.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Em suas razões recursais, a União pugna pela total reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, não conheço do reexame necessário, isso porque, tratando-se de execução fiscal extinta com base no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, não há que se falar em reexame obrigatório da sentença, considerando que o art. 475, inciso II, do CPC, reporta-se apenas à decisão que julga procedente, no todo ou em parte, os embargos opostos pelo executado. Precedentes da Sexta Turma do TRF-3ª Região.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expandidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante auto de infração, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação pessoal ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, conforme se verifica nos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CITAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. REGIME ANTERIOR À LC 118/2005. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A decisão agravada encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte de que o prazo prescricional começa a contar da data da constituição definitiva do crédito tributário, o que de fato ocorreu através do Termo de Confissão Espontânea.

2. Dessa forma, verifica-se que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário em 1º.07.1997 e a citação do devedor em 12.03.2003 transcorreram-se mais de cinco anos, razão pela qual é de se acolher a alegação de prescrição na hipótese.

3. Impede registrar que a execução fiscal foi ajuizada em 27.11.2002, antes da vigência da LC 118/05, época em que somente a citação pessoal do devedor interrompia a prescrição nos termos do art. 174, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AgRg no REsp 852.371/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO ANTERIORMENTE À LEI COMPLEMENTAR N.º 118/2005. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (LUCRO PRESUMIDO). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TERMO INICIAL: NOTIFICAÇÃO AO CONTRIBUINTE. TERMO FINAL: AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO (ART. 174 DO CTN). OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. De acordo com o art. 174, caput, do Código Tributário Nacional, A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

2. Tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante termo de confissão espontânea, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos (art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com redação anterior à Lei Complementar n.º 118/2005).

3. A demora na citação da executada não pode ser imputada à exequente, considerando-se as deficiências que, infelizmente, atingem o funcionamento do sistema judiciário. Assim, não comprovada a desídia ou negligência da exequente, há que se considerar como dies ad quem do prazo prescricional a data do ajuizamento da execução fiscal. Aplicação da Súmula n.º 106 do C. STJ.

4. *In casu*, ainda que se considere como termo final da prescrição a data do ajuizamento da execução fiscal, verifico que o houve o decurso do lapso prescricional quinquenal relativamente aos débitos inscritos na dívida ativa, os quais foram constituídos mediante Termo de Confissão Espontânea.

5. Precedentes desta Corte regional: 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, AC n.º 200661140053077, j. 10.04.2008, DJU 24.04.2008, p. 669; 3ª Turma, Rel. Juiz Rubens Calixto, AC n.º 200101250036751, j. 02.07.2009, v.u., DJF3 21.07.2009, p. 70.

6. *Apelação provida. Prejudicada a análise dos demais pedidos formulados.*"

(TRF3, 6ª turma - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 0024572-35.2004.4.03.9999/SP - Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - D.E. Publicado em 3/11/2010)

No caso em comento, com a notificação do contribuinte, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional.

Logo, inscrito os débitos na dívida ativa mediante Auto de Infração, com notificação correio/ar em 18/03/2003, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar n.º 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei n.º 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Logo, se a parcela do tributo em questão foi notificada pelo correio/ar em 18/03/2003, e a execução só foi ajuizada em 18/09/2008, é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie.

Insurge-se, ainda a exequente contra a condenação no pagamento de honorários advocatícios.

Entendo que seu inconformismo não procede, uma vez que no momento do ajuizamento da execução fiscal, todas parcelas da referido imposto social já estavam prescritas.

Dessa forma, deu causa indevida a ação, e o ajuizamento do executivo compeliu a executada a incorrer em despesas na contratação de advogado, gerando danos ao seu patrimônio, de modo que, pelo princípio da causalidade, justifica-se a condenação da Fazenda Nacional no pagamento dos ônus da sucumbência.

A propósito, transcrevo trecho retirado da obra de Zuudi Sakakihara, em comentário ao art. 26 da Lei n.º 6.830/80, *in verbis*:

"Se a Fazenda Pública inscrever em dívida ativa crédito que, mais tarde, reconhece indevido, terá causado prejuízo à outra parte, na medida em que esta tenha sido obrigada a realizar despesas para a sua defesa. Ao desistir da execução, a Fazenda Pública estará obrigada a reembolsá-las, se já tiverem sido pagas, ou pagá-las, se ainda dependerem, de satisfação.

Não importa, portanto, que a desistência resulte do cancelamento da dívida ativa, ou que seja anterior à decisão de primeira instância ou, ainda, que inexistam embargos à execução. Importa, apenas, que a ação da Fazenda Pública trouxe dano ao patrimônio da outra parte, obrigando-a a realizar despesas para restaurar o equilíbrio quebrado pela injusta agressão. Nisso reside a causa da obrigação de reembolso ou pagar as despesas processuais, ou, de prisma diverso, a causa de desoneração da outra parte."

(Vladimir Passos de Freitas Coordenação -. Execução Fiscal Doutrina e Jurisprudência - editora Saraiva, p.433)

Nesse sentido são as decisões proferidas no S.T.J., a exemplo da que trago à colação, *"in verbis"*:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUTADO QUE CONTRATA ADVOGADO PARA SE DEFENDER NO PROCESSO. DESISTENCIA DA EXECUÇÃO PELO FISCO. LIBERAÇÃO DA FAZENDA PUBLICA DO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DA VERBA DE PATROCINIO: NÃO-OCORRENCIA. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.

I- SE O EXECUTADO FOI OBRIGADO A SE DEFENDER, SEJA POR MEIO DE EMBARGOS DO DEVEDOR, SEJA VIA SIMPLES PETIÇÃO SUBSCRITA POR CAUSIDICO CONTRATADO PARA ESSE FIM, NÃO PODE A FAZENDA PUBLICA INVOCAR EM SEU PROL A REGRA INSERTA NO ART. 26 DA LEI N. 6.830/80, PARA SE VER LIBERADA DO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DA VERBA DE PATROCINIO.

II- PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PUBLICO DO STJ: RESP N. 8.589/SP, RESP N. 7.816/SP E RESP N. 67.308/SP.

III- EMBARGOS DE DIVERGENCIAS REJEITADOS."

(STJ, EREsp n. 80257/SP, Ministro ADHEMAR MACIEL, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento 10/12/1997, DJ 25.02.1998, p. 14)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS. CABIMENTO.

1. A verba honorária é devida pela Fazenda exequente tendo em vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade e da circunstância em que ensejando o incidente processual, o princípio da sucumbência implica suportar o ônus correspondente.

2. A ratio legis do art. 26 da Lei 6830 pressupõe que a própria Fazenda, sponte sua, tenha dado ensejo à extinção da execução, o que não se verifica quando ocorrida exceção de pré-executividade, situação em tudo por tudo assemelhada ao acolhimento dos embargos.

3. Raciocínio isonômico que se amolda à novel disposição de que são devidos honorários na execução e nos embargos à execução (§ 4º do art. 20 - 2ª parte)

4. A novel legislação processual, reconhecendo as naturezas distintas da execução e dos embargos, estes como processo de cognição introduzido no organismo do processo executivo, estabelece que são devidos honorários em execução embargada ou não.

5. Deveras, reflete nítido, do conteúdo do artigo 26 da LEF, que a norma se dirige à hipótese de extinção administrativa do crédito com reflexos no processo, o que não se equipara ao caso em que a Fazenda, reconhecendo a ilegalidade da dívida, desiste da execução.

6. Forçoso reconhecer o cabimento da condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios na hipótese de desistência da execução fiscal após a citação e o oferecimento da exceção de pré-executividade, a qual, mercê de criar contenciosidade incidental na execução, pode perfeitamente figurar como causa imediata e geradora do ato de disponibilidade processual, sendo irrelevante a falta de oferecimento de embargos à execução, porquanto houve a contratação de advogado, que, inclusive, peticionou nos autos.

7. Recurso especial provido."

(STJ, RESP 611253 / BA ; RECURSO ESPECIAL2003/0213905-5 Fonte DJ DATA:14/06/2004 PG:00180 Relator Min. LUIZ FUX (1122) Data da Decisão 25/05/2004 Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA).

Condenação em verba honorária mantida, em atenção ao princípio da causalidade, que incorreu em despesas na contratação de advogado, com danos ao patrimônio da executada. Nesse sentido: STJ, EREsp n. 80257/SP, Ministro ADHEMAR MACIEL, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento 10/12/1997, DJ 25.02.1998, p. 14; RESP 611253/BA, DJ DATA:14/06/2004, PG:00180, Relator Min. LUIZ FUX, Data da Decisão 25/05/2004, PRIMEIRA TURMA). Outrossim, não há razão para a redução requerida, porquanto, como fixadas, os honorários atendem ao disposto no artigo 20, §4º, do CPC.

Por todo o exposto, não conheço da remessa oficial e nego seguimento à apelação da União Federal, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00090 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000941-13.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.000941-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : MITO PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : ROBERTO TEIXEIRA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 2000.61.14.009186-6 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Mito Participações Ltda contra decisão do Juízo Federal da 2ª Vara de São Bernardo do Campo/SP, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela agravante, e determinou o prosseguimento da execução.

Alega a agravante, em síntese, a nulidade do título executivo e a cobrança em duplicidade, pois a Fazenda Nacional incluiu na apuração do montante do débito o valor das parcelas referentes à forma de pagamento escolhida pela agravante.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 212/215).

Contraminuta juntada às fls. 107/110.

É o relatório. DECIDO.

A questão comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do CPC.

A exceção de pré-executividade visa à apresentação de defesa, sem necessidade de garantia do Juízo, sendo admitida nos casos em que o Juízo pode conhecer a matéria, de ofício, sem a necessidade de dilação probatória.

No caso, a questão da cobrança do débito em duplicidade exige cognição plena, o que implicaria em dilação probatória, admissível apenas em sede de embargos do devedor.

Destarte, cabe à recorrente a oposição de tais embargos para discutir a matéria alegada, porquanto é, por meio destes, que o embargante pode exercer plenamente o seu direito de defesa, não cabendo esta análise pela via da exceção de pré-executividade.

Saliente-se, para esse fim, que o artigo 16, §2º, da LEF, dispõe que, no prazo dos embargos, o executado poderá alegar, frise-se, toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a matéria sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), pacificou entendimento a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade, conforme os julgados a seguir colacionados, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCABIMENTO. SÚMULA Nº 393/STJ. MATÉRIA TAMBÉM JULGADA SOB O RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (RECURSOS REPETITIVOS). AGRAVO IMPROVIDO.

1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória." (Súmula do STJ, Enunciado nº 393).

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1139399/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 08/04/2010)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COBRANÇA, VIA EXECUÇÃO FISCAL, DE CRÉDITO ORIUNDO DA CESSÃO DE CRÉDITO PREVISTA NA MP N. 2.196-3/2001. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO E DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.110.925/SP PELO REGIME DO ART. 543-C, DO CPC.

1. Não cabe a esta Corte se manifestar sobre violação a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte sufragam entendimento no sentido de que : (a) "a cessão de crédito difere da novação da dívida, por não implicar a extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação"; (b) inexistente "mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal", pois "a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei 6.830/80, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si" (REsp 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.9.2008 e REsp 1.086.169/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 15.4.2009).

3. No que tange à alegação de cabimento de exceção de pré-executividade na hipótese, melhor sorte não assiste aos agravantes. É que a Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp n. 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C, do CPC, introduzido pela Lei dos Recursos Repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que "a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória".

4. Não é de se cogitar que o juiz possa conhecer de ofício, em sede de execução fiscal, de nulidade do processo administrativo sob o qual constituiu-se o crédito exequendo, mormente pelo fato de que a execução fiscal pressupõe o encerramento daquele, possuindo, ainda, presunção de certeza e liquidez da CDA nos termos dos arts. 3º da Lei n. 6.830/80 e 204 do CTN.

5. A exceção de pré-executividade se presta a provocar o magistrado a se pronunciar sobre questão que, a rigor, não necessita de alegação das partes, visto que somente pode versar sobre matérias cognoscíveis de ofício, o que efetivamente, não é o caso dos autos, sendo certo que os embargos à execução são a via adequada para desconstituir a CDA com base em provas.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1116655/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 16/09/2009)

Esse também é o entendimento desta Corte, conforme ementa a seguir transcrita:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. MATÉRIA PASSÍVEL DE DISCUSSÃO SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS DO DEVEDOR.

1. A exceção de pré-executividade, criação jurisprudencial, não pode ensejar, em substituição aos embargos com as garantias que lhe são próprias, senão que a discussão da nulidade formal do título, baseada em alegação passível de apreciação mesmo de ofício e desde que ausente a necessidade de dilação probatória.

2. As questões, propriamente de mérito, que envolvam a desconstituição, sob a ótica não apenas formal, da presunção de liquidez e certeza do título, devem ser discutidas na via dos embargos do devedor, campo próprio para ampla alegação e impugnação, com possibilidade de instrução.

3. A ampliação do campo cognitivo da exceção de pré-executividade, para além dos casos de nulidade, nas condições próprias especificadas, desequilibra a relação processual, permitindo ao devedor, fora de situações excepcionais, a suspensão da execução fiscal, sem arcar com a contrapartida, como ocorre nos embargos, da garantia do Juízo, em favor do crédito tributário, que se presume líquido e certo e que, até sua desconstituição, goza de privilégios legalmente previstos.

4. Precedentes."

(6ª Turma, Rel. Des. Carlos Muta, v.u., DJU DATA: 03/03/2006, pág. 237).

Ante o exposto, estando o presente recurso em confronto com a jurisprudência do STJ e desta Corte, nego seguimento ao presente agravo de instrumento, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC.

Intime-se. Publique-se.

Após as formalidades legais, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00091 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005606-48.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.005606-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : CIA ACUCAREIRA DE PENAPOLIS
ADVOGADO : ROGERIO CELESTINO FIUZA
: JOSÉ RICARDO BACARO BOSCOLI
: LUIZ OSCAR DE MELLO
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE PENAPOLIS SP
No. ORIG. : 07.00.01224-6 3 Vr PENAPOLIS/SP
DESPACHO
Prossiga-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00092 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0402749-32.1997.4.03.6103/SP
2009.03.99.026484-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : ROCHA DISTRIBUIDORA DE AGUAS MINERAIS LTDA e outros
: JOSE DE OLIVEIRA ROCHA
ADVOGADO : FRANCISCO NOGUEIRA DE LIMA NETO e outro
APELADO : REGINA HELENA GALVAO ROCHA
ADVOGADO : MAURA ANTONIA RORATO DECARO
No. ORIG. : 97.04.02749-4 4 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que julgou procedente o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, com base no art. 269, IV do CPC.

Condenou a exequente ao pagamento de honorários em 10% do valor da dívida.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2. Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. Recurso especial provido em parte."

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Logo, se as parcelas do tributo em questão foram declaradas pela empresa e venceram-se entre a data de 28/02/92 e 29/01/93, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174,

parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar nº. 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei nº 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por fim, quanto aos honorários, mantenho-os como fixados, porquanto atendem ao disposto no art. 20 e seus parágrafos do CPC.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00093 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027346-62.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.027346-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : BENIS METALURGICA LTDA e outros
: RUI GODINHO DOS SANTOS FERNANDES
: VAUSMIR MARCONDES DE SOUZA
No. ORIG. : 96.00.00015-2 A Vr DIADEMA/SP
DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que julgou extinto o processo em razão da prescrição na forma do artigo 269, IV, do CPC.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, permitindo, assim, o prosseguimento do feito executivo.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi

constituído mediante termo de confissão espontânea, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, conforme se verifica nos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CITAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. REGIME ANTERIOR À LC 118/2005. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A decisão agravada encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte de que o prazo prescricional começa a contar da data da constituição definitiva do crédito tributário, o que de fato ocorreu através do Termo de Confissão Espontânea.

2. Dessa forma, verifica-se que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário em 1º.07.1997 e a citação do devedor em 12.03.2003 transcorreram-se mais de cinco anos, razão pela qual é de se acolher a alegação de prescrição na hipótese.

3. Impede registrar que a execução fiscal foi ajuizada em 27.11.2002, antes da vigência da LC 118/05, época em que somente a citação pessoal do devedor interrompia a prescrição nos termos do art. 174, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AgRg no REsp 852.371/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO ANTERIORMENTE À LEI COMPLEMENTAR N.º 118/2005. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (LUCRO PRESUMIDO). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TERMO INICIAL: NOTIFICAÇÃO AO CONTRIBUINTE. TERMO FINAL: AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO (ART. 174 DO CTN). OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. De acordo com o art. 174, caput, do Código Tributário Nacional, A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

2. Tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante termo de confissão espontânea, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos (art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com redação anterior à Lei Complementar n.º 118/2005).

3. A demora na citação da executada não pode ser imputada à exequente, considerando-se as deficiências que, infelizmente, atingem o funcionamento do sistema judiciário. Assim, não comprovada a desídia ou negligência da exequente, há que se considerar como dies ad quem do prazo prescricional a data do ajuizamento da execução fiscal. Aplicação da Súmula n.º 106 do C. STJ.

4. In casu, ainda que se considere como termo final da prescrição a data do ajuizamento da execução fiscal, verifico que o houve o decurso do lapso prescricional quinquenal relativamente aos débitos inscritos na dívida ativa, os quais foram constituídos mediante Termo de Confissão Espontânea.

5. Precedentes desta Corte regional: 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, AC n.º 200661140053077, j. 10.04.2008, DJU 24.04.2008, p. 669; 3ª Turma, Rel. Juiz Rubens Calixto, AC n.º 200101250036751, j. 02.07.2009, v.u., DJF3 21.07.2009, p. 70.

6. Apelação provida. Prejudicada a análise dos demais pedidos formulados."

(TRF3, 6ª turma - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 0024572-35.2004.4.03.9999/SP - Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - D.E. Publicado em 3/11/2010)

No caso em comento, com a notificação do contribuinte, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional.

Logo, inscrito os débitos na dívida ativa mediante Termo de Confissão Espontânea, com notificação pessoal do contribuinte ocorrida em 23/01/95, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar n.º 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei n.º 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00094 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000375-97.2009.4.03.6003/MS
2009.60.03.000375-3/MS

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : ANA MARIA SILVA E PAIVA
ADVOGADO : KEYLA LISBOA SORELLI e outro
No. ORIG. : 00003759720094036003 1 Vr TRES LAGOAS/MS

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal em face de sentença que, em ação de rito ordinário, julgou procedente o pedido, para determinar à União Federal que cesse a cobrança de IRPF sobre o abono de permanência em serviço recebido pela parte autora, bem como condenar a ré a restituir à autora os valores indevidamente descontados, observada a prescrição quinquenal, com a incidência de correção monetária, segundo a Resolução nº 561/2007 do CJF. A ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da restituição. Em suas razões recursais, sustenta a apelante que o abono de permanência em serviço não tem natureza indenizatória, constituindo fato gerador do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN.

É o sucinto relatório. **Decido.**

Inicialmente, tenho por interposta a remessa oficial, nos termos do inciso I do art. 475 do CPC.

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto, conforme entendimento pacificado nesta E. Corte, é indevida a incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência, ante o seu caráter indenizatório.

Trata-se de verba devida ao servidor, ocupante de cargo efetivo, que decide permanecer no exercício de sua atividade laboral, mesmo após atingir os requisitos necessários exigidos para implementação da sua aposentadoria voluntária. Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - ABONO PERMANECÊNCIA - VERBA RECEBIDA POR SERVIDOR QUE PERMANECE EM ATIVIDADE - NATUREZA DE INCENTIVO - NÃO INCIDÊNCIA

1. Agravo retido não conhecido, posto que a União Federal não requereu nas suas contrarrazões de apelação que esta Corte o conheça. 2. A matéria limita-se à verificação da natureza jurídica dos valores recebidos sob o rótulo de "verbas indenizatórias", perfilando-se seu alcance e conseqüente ingerência ou não no conceito de renda, preceituada no artigo 153, III, da Constituição Federal e artigo 43 do Código Tributário Nacional.

3. O abono permanência no serviço foi instituído pelo artigo 40, § 19, da Constituição Federal (com a redação da Emenda Constitucional nº 41/2003), sendo regulamentado pelo artigo 7º da Lei nº 10.887/2004.

4. O legislador estabeleceu um incentivo para aqueles servidores públicos que já tiverem atingido os requisitos para a aposentadoria, ou seja aposentar-se imediatamente ou continuar no emprego recebendo um valor adicional para isso.

5. Caso incida Imposto de Renda sobre o abono permanência tal representaria uma descaracterização da norma incentivadora, uma vez que o adicional deixará de ser incentivo.

6. Recentemente o egrégio Superior Tribunal de Justiça, exercendo sua função de Corte de uniformização da Jurisprudência, ao apreciar a matéria decidiu pela incidência do imposto de renda sobre o abono permanência recebido por servidor público que permanece atividade, conforme pode ser verificado da ementa do Recurso Especial nº 1105814/SC.

7. Esta Turma sedimentou entendimento que nas ações de repetição de indébito o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos, a contar do recolhimento indevido, inclusive nos lançamentos por homologação.

8. À individualização do crédito de cada membro da associação autora deverá ser realizada na fase de execução de sentença.

9. Os valores a repetir serão acrescidos apenas da taxa SELIC, que incidirá, a partir da retenção indevida, tanto a título de correção monetária como juros de mora.

10. Agravo retido não conhecido e apelação provida."

(TRF-3ª região; AC nº 2007.61.00.032951-0; Rel. Des. Fed. Nery Junior; 3ª Turma; DJF3 04/10/2010)

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PERMANÊNCIA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. CF, ART.153 CTN.

1. O abono de permanência não se cuida de aumento patrimonial, mas de ressarcimento em favor de servidor que tenham completado as exigências para aposentadoria voluntária e deseja permanecer em atividade.

2. Não caracteriza hipótese de incidência do Imposto de Renda a verba paga a título de abono permanência.

3. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, improvidas."

(TRF-3ª região; AMS nº 2007.61.00.022005-6; Rel. Des. Fed. Roberto Haddad; 4ª Turma; DJF3 10/11/2009)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ABONO DE PERMANÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 40, § 19. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA.

I - Entendo que há plausibilidade na alegação da natureza indenizatória do abono de permanência, na medida em que visa compensar a manutenção, na atividade, do funcionário que poderia aposentar-se voluntariamente e decide continuar em atividade. Trata-se, pois, de uma compensação pelo não-gozo da aposentadoria, não devendo, portanto, sofrer tributação do imposto de renda.

II - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III - Agravo de instrumento improvido."

(TRF-3ª Região; AI nº 2008.03.00.042736-3; Rel. Des. Fed. Regina Costa; 6ª Turma; DJF314/07/2009)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ABONO DE PERMANÊNCIA - ART. 40, § 19, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 7º DA LEI N. 10.887/04.

1. O abono de permanência de que trata o artigo 7º da Lei nº 10.887/2004 é devido nas hipóteses em que o servidor, ocupante de cargo efetivo, satisfaça os requisitos exigidos para a implementação da aposentadoria voluntária e decida pelo prosseguimento no exercício de sua atividade laboral.

2. Os valores percebidos a esse título não estão sujeitos à incidência do IR por possuírem natureza compensatória na medida em que representam uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, indiscutivelmente, no interesse da Administração.

3. Aplica-se, *mutatis mutandis*, em função do seu caráter indenizatório, o entendimento já consagrado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos verbetes n. 125 e 136 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, o contribuinte poderá compensar esses valores com débitos referentes a contribuições da mesma espécie. Inteligência do § 1º do art. 66 da Lei nº 8.383/91 c.c os art. 170 e 170-A do CTN.

5. Possibilidade de compensação dos valores recolhidos a título de IRPF apenas com parcelas da própria exação.

6. No tocante à correção monetária dos valores pleiteados a título de compensação, a ser operada a partir dos recolhimentos indevidos, conforme enunciado na Súmula n.º 162 do C. Superior Tribunal de Justiça, devem ser utilizados os critérios e índices amplamente aceitos pela jurisprudência e consolidados na Resolução n.º 561/07-CJF.

7. Por força do disposto no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, a partir do recolhimento indevido, aplica-se a SELIC de forma exclusiva sobre o valor do crédito tributário expresso em reais, ou seja, sem a utilização concomitante de outro índice, seja a título de juros ou correção monetária.

8. Honorários advocatícios arbitrados no percentual de 10% sobre o valor da causa.

9. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com os termos da Lei nº 8383/91."

(TRF-3ª Região; AC nº 2006.61.00.010785-5; Rel. Juiz Miguel Di Pierro; 6ª Turma; DJF3 15/12/2008)

Correta, portanto, a sentença ao julgar procedente o pedido e determinar a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda, acrescidos de correção monetária pelos critérios fixados no *decisum*, os quais estão de acordo com a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça (REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009; REsp 858.538/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 30/03/2009).

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da União Federal e à remessa oficial tida por interposta, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00095 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000177-60.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.000177-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

APELADO : ROSA AIZEMBERG AVRITCHIR e outro
: OLGA TEPERMAN AIZEMBERG
ADVOGADO : FABRIZIO MATTEUCCI VICENTE e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pela União Federal contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação ordinária, afastando a incidência do Imposto de Renda sobre a verba recebida pelas autoras em decorrência da desapropriação de seu imóvel, assegurando-lhes o direito à restituição dos valores recolhidos a esse título.

É o sucinto relatório. Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil e Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça.

A questão que se apresenta nos presentes autos consiste em saber se incide Imposto de Renda sobre as verbas indenizatórias decorrentes de desapropriação.

Como se sabe, o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

Sabe-se também que a desapropriação consiste em procedimento administrativo compulsório pelo qual o Estado, diante de necessidade ou utilidade pública, ou ainda, interesse social, despoja alguém de sua propriedade, mediante justa indenização.

É, portanto, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello "(...) *desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13 ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2001).

Destarte, o administrado recebe indenização pela perda da propriedade, nos termos dos arts. 5º, XXIV, 182, § 3º, e 184, caput, da Constituição Federal, verba sobre a qual não incide Imposto de Renda, porquanto não representa acréscimo patrimonial.

Esse entendimento, saliente-se, foi consolidado pela Súmula 39 do extinto Tribunal Federal de Recursos, do seguinte teor:

"Não está sujeita ao Imposto de Renda a indenização recebida por pessoa jurídica, em decorrência de desapropriação amigável ou judicial."

Referido entendimento também restou sedimentado no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação 1.260/DF (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 18.11.1988, p. 30.023):

"Representação. Argüição de inconstitucionalidade parcial do inciso II do § 2º do art. 1º do Decreto-lei federal 1641, de 7.12.1978, que inclui a desapropriação entre as modalidades de alienação de imóveis, suscetíveis de gerar lucro a pessoa física e, assim, rendimento tributável pelo imposto de renda. Não há, na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao Poder expropriante. Não se configura, outrossim, a noção de preço, como contraprestação pretendida pelo proprietário, modo privado. O quantum auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da 'justa indenização' prevista na Constituição (art. 153, § 22). Não pode, assim, ser reduzida a justa indenização pela incidência do imposto de renda. Representação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'desapropriação', contida no art. 1º, § 2º, inciso II, do Decreto-lei 1641/78."

Em igual sentido são os seguintes julgados do Pretório Excelso: RE 92.253/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ 95-03/1354; RE 72.014/SP, Plenário, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 74-03/783; RE 77.431/SP, Plenário, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 73-03/500.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.116.460/SP (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º.2.2010), de acordo com a sistemática de recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC, reafirmou sua jurisprudência no sentido da não-incidência do Imposto de Renda sobre as verbas indenizatórias decorrentes de desapropriação, conforme evidencia a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO. VERBA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A incidência do imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial (art. 43, do CTN), sendo, por isso, imperioso perscrutar a natureza jurídica da verba percebida, a fim de verificar se há efetivamente a criação de riqueza nova: a) se indenizatória, que, via de regra, não retrata hipótese de incidência da exação; ou b) se remuneratória, ensejando a tributação. Isto porque a tributação ocorre sobre signos presuntivos de capacidade econômica, sendo a obtenção de renda e proventos de qualquer natureza um deles.

2. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 5º, assim disciplina o instituto da desapropriação: "XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;"

3. Destarte, a interpretação mais consentânea com o comando emanado da Carta Maior é no sentido de que a indenização decorrente de desapropriação não encerra ganho de capital, porquanto a propriedade é transferida ao poder público por valor justo e determinado pela justiça a título de indenização, não ensejando lucro, mas mera reposição do valor do bem expropriado.

4. "Representação. Argüição de Inconstitucionalidade e parcial do inciso ii, do paragrafo 2., do art. 1., do Decreto-lei Federal n. 1641, de 7.12.1978, que inclui a desapropriação entre as modalidades de alienação de imóveis, suscetíveis de gerar lucro a pessoa física e, assim, rendimento tributável pelo imposto de renda. Não há, na desapropriação, transferência da propriedade, por qualquer negócio jurídico de direito privado. Não sucede, aí, venda do bem ao poder expropriante. Não se configura, outrossim, a noção de preço, como contraprestação pretendida pelo proprietário, 'modo privado'. O 'quantum' auferido pelo titular da propriedade expropriada é, tão-só, forma de reposição, em seu patrimônio, do justo valor do bem, que perdeu, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Tal o sentido da 'justa indenização' prevista na Constituição (art. 153, paragrafo 22). Não pode, assim, ser reduzida a justa indenização pela incidência do imposto de renda. Representação procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'desapropriação', contida no art. 1., parágrafo 2., inciso ii, do decreto-lei n. 1641/78. (Rp 1260, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/08/1987, DJ 18-11-1988)

4. In casu, a ora recorrida percebeu verba decorrente de indenização oriunda de ato expropriatório, o que, manifestamente, consubstancia verba indenizatória, razão pela qual é infensa à incidência do imposto sobre a renda.

5. Deveras, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da não-incidência da exação sobre as verbas auferidas a título de indenização advinda de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, porquanto não representam acréscimo patrimonial.

6. Precedentes: AgRg no Ag 934.006/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, DJ 06.03.2008; REsp 799.434/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 31.05.2007; REsp 674.959/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 20/03/2006; REsp 673273/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 02.05.2005; REsp 156.772/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 04/05/98; REsp 118.534/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 19/12/1997.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Por fim, considerando que o valor atribuído à causa perfaz R\$ 413.350,68 (quatrocentos e treze mil, trezentos e cinquenta reais e sessenta e oito centavos), os honorários devem ser reduzidos para 5% do valor da causa, conforme entendimento esposado pela E. Sexta Turma desta Corte, e condiz com o grau de zelo do profissional e a complexidade da causa em questão, consoante o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Isto posto, dou parcial provimento à apelação da União Federal, apenas para reduzir a condenação em honorários, nos termos do artigo 557, §1º-A do CPC e nego seguimento à remessa oficial, nos termos do artigo 557, caput, do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00096 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001475-87.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.001475-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : MARIA INES MOURA SANTOS ALVES DA CUNHA e outro
: SILVANA LOUZADA LAMATTINA CECILIA
ADVOGADO : RENATO LAZZARINI e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pelas autoras em face de sentença que, em ação de rito ordinário, julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária relativa ao imposto de renda sobre o abono de permanência a que alude o artigo 40, §19 da Constituição Federal e artigo 7º da Lei 10.887/2004.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto, conforme entendimento pacificado nesta E. Corte, é indevida a incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência, ante o seu caráter indenizatório.

Trata-se de verba devida ao servidor, ocupante de cargo efetivo, que decide permanecer no exercício de sua atividade laboral, mesmo após atingir os requisitos necessários exigidos para implementação da sua aposentadoria voluntária. Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - ABONO PERMANECÊNCIA - VERBA RECEBIDA POR SERVIDOR QUE PERMANECE EM ATIVIDADE - NATUREZA DE INCENTIVO - NÃO INCIDÊNCIA

1. Agravo retido não conhecido, posto que a União Federal não requereu nas suas contrarrazões de apelação que esta Corte o conheça. 2. A matéria limita-se à verificação da natureza jurídica dos valores recebidos sob o rótulo de "verbas indenizatórias", perfilando-se seu alcance e conseqüente ingerência ou não no conceito de renda, preceituada no artigo 153, III, da Constituição Federal e artigo 43 do Código Tributário Nacional.

3. O abono permanência no serviço foi instituído pelo artigo 40, § 19, da Constituição Federal (com a redação da Emenda Constitucional nº 41/2003), sendo regulamentado pelo artigo 7º da Lei nº 10.887/2004.

4. O legislador estabeleceu um incentivo para aqueles servidores públicos que já tiverem atingido os requisitos para a aposentadoria, ou seja aposentar-se imediatamente ou continuar no emprego recebendo um valor adicional para isso.

5. Caso incida Imposto de Renda sobre o abono permanência tal representaria uma descaracterização da norma incentivadora, uma vez que o adicional deixará de ser incentivo.

6. Recentemente o egrégio Superior Tribunal de Justiça, exercendo sua função de Corte de uniformização da Jurisprudência, ao apreciar a matéria decidiu pela incidência do imposto de renda sobre o abono permanência recebido por servidor público que permanece atividade, conforme pode ser verificado da ementa do Recurso Especial nº 1105814/SC.

7. Esta Turma sedimentou entendimento que nas ações de repetição de indébito o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos, a contar do recolhimento indevido, inclusive nos lançamentos por homologação.

8. À individualização do crédito de cada membro da associação autora deverá ser realizada na fase de execução de sentença.

9. Os valores a repetir serão acrescidos apenas da taxa SELIC, que incidirá, a partir da retenção indevida, tanto a título de correção monetária como juros de mora.

10. Agravo retido não conhecido e apelação provida."

(TRF-3ª região; AC nº 2007.61.00.032951-0; Rel. Des. Fed. Nery Junior; 3ª Turma; DJF3 04/10/2010)

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ABONO PERMANÊNCIA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. CF, ART.153 CTN.

1. O abono de permanência não se cuida de aumento patrimonial, mas de ressarcimento em favor de servidor que tenham completado as exigências para aposentadoria voluntária e deseja permanecer em atividade.

2. Não caracteriza hipótese de incidência do Imposto de Renda a verba paga a título de abono permanência.

3. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, improvidas."

(TRF-3ª região; AMS nº 2007.61.00.022005-6; Rel. Des. Fed. Roberto Haddad; 4ª Turma; DJF3 10/11/2009)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ABONO DE PERMANÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 40, § 19. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA.

I - Entendo que há plausibilidade na alegação da natureza indenizatória do abono de permanência, na medida em que visa compensar a manutenção, na atividade, do funcionário que poderia aposentar-se voluntariamente e decide continuar em atividade. Trata-se, pois, de uma compensação pelo não- gozo da aposentadoria, não devendo, portanto, sofrer tributação do imposto de renda.

II - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III - Agravo de instrumento improvido."

(TRF-3ª Região; AI nº 2008.03.00.042736-3; Rel. Des. Fed. Regina Costa; 6ª Turma; DJF314/07/2009)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ABONO DE PERMANÊNCIA - ART. 40, § 19, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 7º DA LEI N. 10.887/04.

1. O abono de permanência de que trata o artigo 7º da Lei nº 10.887/2004 é devido nas hipóteses em que o servidor, ocupante de cargo efetivo, satisfaça os requisitos exigidos para a implementação da aposentadoria voluntária e decida pelo prosseguimento no exercício de sua atividade laboral.

2. Os valores percebidos a esse título não estão sujeitos à incidência do IR por possuírem natureza compensatória na medida em que representam uma compensação em favor do agente público que permanece prestando serviços, indiscutivelmente, no interesse da Administração.

3. Aplica-se, mutatis mutandis, em função do seu caráter indenizatório, o entendimento já consagrado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos verbetes n. 125 e 136 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, o contribuinte poderá compensar esses valores com débitos referentes a contribuições da mesma espécie. Inteligência do § 1º do art. 66 da Lei nº 8.383/91 c.c os art. 170 e 170-A do CTN.

5. Possibilidade de compensação dos valores recolhidos a título de IRPF apenas com parcelas da própria exação.

6. No tocante à correção monetária dos valores pleiteados a título de compensação, a ser operada a partir dos recolhimentos indevidos, conforme enunciado na Súmula n.º 162 do C. Superior Tribunal de Justiça, devem ser utilizados os critérios e índices amplamente aceitos pela jurisprudência e consolidados na Resolução n.º 561/07-CJF.

7. Por força do disposto no art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, a partir do recolhimento indevido, aplica-se a SELIC de forma exclusiva sobre o valor do crédito tributário expresso em reais, ou seja, sem a utilização concomitante de outro índice, seja a título de juros ou correção monetária.

8. Honorários advocatícios arbitrados no percentual de 10% sobre o valor da causa.

9. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com os termos da Lei nº 8383/91."

(TRF-3ª Região; AC nº 2006.61.00.010785-5; Rel. Juiz Miguel Di Pierro; 6ª Turma; DJF3 15/12/2008)

Indevida, portanto, a incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de abono de permanência, devendo ser restituído os valores pagos indevidamente a esse título.

Quanto aos consectários legais, vale mencionar que a jurisprudência acolheu de forma amplamente majoritária a inclusão de expurgos inflacionários, notadamente aqueles previstos no Provimento 561/07 do CJF, motivo pelo qual devem ser computados para efeito de correção monetária.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - RECOLHIMENTO EM QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - POSSIBILIDADE - DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO - ART. 263 DO CPC - PROTOCOLO OU DESPACHO DO JUIZ - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - IPI - JUROS DE MORA - SELIC - ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior considera que, por ausência de previsão no art. 511 do Código Processo Civil, bem como no art. 2º da Lei n. 9.289/91, resolução de tribunal não pode restringir a possibilidade de se pagar o porte de remessa e retorno dos autos em qualquer agência da Caixa Econômica Federal.

2. "A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil." (REsp 598798/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21.11.2005).

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 2.5.2005, entendeu que, "na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido".

(REsp 463167/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

4. Para fins de correção monetária, deve ser aplicada a Tabela Única da Justiça Federal, editada por meio da Resolução 561 do Conselho da Justiça Federal, de 2.7.2007, atrelada à jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito.

Recurso especial provido.

(REsp 772.202/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. LIMITES PERCENTUAIS À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

1. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento.

Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

2. A norma do art. 3º da LC 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, ao apreciar Incidente de Inconstitucionalidade no Eresp 644.736/PE, sessão de 06/06/2007, DJ 27.08.2007, declarou inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar.

3. Não declaradas inconstitucionais as Leis 9.032/95 e 9.129/95, em sede de controle difuso ou concentrado, sua observância é inafastável pelo Poder Judiciário, razão pela qual a compensação do indébito tributário, ainda que decorrente da declaração de inconstitucionalidade da exação, submete-se às limitações erigidas pelos diplomas legais que regem a compensação tributária.

4. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual os índices a serem adotados para o cálculo da correção monetária na repetição do indébito tributário devem ser os que constam do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561/CJF, de 02.07.2007, do Conselho da Justiça Federal, a saber: (a) a ORTN de 1964 a fevereiro/86; (b) a OTN de março/86 a dezembro/88; (c) a BTN de março/89 a fevereiro/90;

(d) o IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro/1989 e março/1990 a fevereiro/1991; (e) o INPC de março a novembro/1991; (f) o IPCA - série especial - em dezembro/1991; (g) a UFIR de janeiro/1992 a dezembro/1995; (h) a Taxa SELIC a partir de janeiro/1996.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 858.538/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJE 30/03/2009)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **dou provimento** à apelação, nos termos do art. 557, §1º-A do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00097 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0010255-16.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.010255-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : ANTONIA PECSI
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS LIMA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 23 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00102551620094036100 23 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela impetrante e reexame necessário de sentença que concedeu parcialmente a ordem, em mandado de segurança, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas rescisórias relativas às férias vencidas indenizadas, férias vencidas sobre variáveis e respectivos terços constitucionais.

Em suas razões recursais, requer a apelante o reconhecimento da não incidência do imposto de renda sobre as férias proporcionais, férias proporcionais sobre variáveis e respectivo terço constitucional.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seus respectivos adicionais. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e
j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;
b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;
c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;
d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ, e dou provimento à apelação da impetrante, nos termos do § 1º-A do mesmo dispositivo.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00098 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0010707-26.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.010707-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : EDUARDO DOS SANTOS MEDICI e outros
: FABIO JOSE FERREIRA SAGGIO
: DANIEL LEANDRO TIJUNELIS
: CLAUDIO WEIMAR ALONSO
ADVOGADO : LEILA FARES GALASSI DE OLIVEIRA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e remessa oficial submetida em face de sentença que, em mandado de segurança, julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu parcialmente a ordem, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos pelo impetrante a título de "indenização e gratificação eventual", em decorrência da rescisão de seu contrato de trabalho.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que a verba recebida não tem caráter indenizatório, constituindo hipótese de incidência do IR.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o agravo retido em apenso (2009.03.00.019144-0) não deve ser conhecido, a teor do disposto no § 1º do art. 523 do CPC.

A questão que se apresenta nos presentes autos refere-se à possibilidade de incidência de imposto de renda de pessoa física sobre valores auferidos a título de "indenização e gratificação eventual" em rescisão de contrato de trabalho. O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o imposto de renda incide sobre as verbas recebidas por força da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, quando pagas por liberalidade do empregador, vez que tais importâncias representam acréscimo patrimonial tipificado no art. 43 do CTN. Vale conferir o precedente citado, *verbis* :

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. IMPOSTO DE RENDA. 'INDENIZAÇÃO ESPECIAL'. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA.

(...)

2. Deveras, em face de sua natureza salarial, incide a referida exação:

a) sobre o adicional de 1/3 sobre férias gozadas (...);

b) sobre o adicional noturno (...);

c) sobre a complementação temporária de proventos (...);

d) sobre o décimo-terceiro salário (...);

e) sobre a gratificação de produtividade (...);

f) sobre a gratificação por liberalidade da empresa, paga por ocasião da extinção do contrato de trabalho (...);

g) sobre horas extras (...)

3. *In casu*, o pagamento feito pelo empregador a seu empregado, a título de 'indenização especial', em reconhecimento por relevantes serviços prestados à empresa, não tem natureza indenizatória, sujeitando-se, assim, a incidência do Imposto de Renda.

4. *Embargos de Divergência rejeitados, divergindo do E. Relator.*" (REsp 775.701, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão

Min. Luiz Fux, DJ 1.8.2006.)

Nesse sentido também é o seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. LIBERALIDADE DO EMPREGADOR.

1. *Sofre incidência de imposto de renda gratificação por tempo de serviço paga mensalmente a empregado em razão dos anos trabalhados, tendo em vista que se trata de retribuição paga por liberalidade do empregador pelo serviço prestado, e não de indenização.*

2. *Recurso especial não-provido.*"

(REsp 382.476/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 7.3.2006, DJ 7.4.2006.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **dou provimento** à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do § 1º-A do art. 557 do CPC, para denegar a segurança, e **não conheço** do agravo retido em apenso, com fundamento no § 1º do art. 523 do CPC.

Incabível a condenação em honorários advocatícios, com fundamento na Súmula 512 do STF.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00099 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016124-57.2009.4.03.6100/SP

2009.61.00.016124-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : CLAUDIO MACHADO OLIVA DA FONSECA

ADVOGADO : LUCIO SOARES LEITE e outro

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

No. ORIG. : 00161245720094036100 23 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação do autor contra sentença proferida em ação pelo rito ordinário, que denegou o pedido de correção da tabela do imposto de renda com base na variação da UFIR.

É o sucinto relatório. Decido.

A pretensão posta em Juízo cinge-se ao afastamento das regras impostas pela Lei nº 9.250/95, em especial aquela disposta em seu artigo 3º, que estabeleceu os valores, expressos em Reais, da tabela progressiva de rendimentos sujeitos ao Imposto de Renda Pessoa Física.

Tenho que a utilização de tabela expressa em Reais, sem a previsão de atualização monetária, não implica afronta ao conceito de renda, previsto no inciso III do artigo 153 da Constituição Federal e esmiuçado no inciso I do artigo 43 do Código Tributário Nacional, posto que lastreada em previsão legal expressa (artigo 3º da Lei nº 9.250/95). Não há cogitar-se, pois, aos olhos da lei, em modificação da tributação incidente sobre o patrimônio do contribuinte.

Por outro lado, a correção da tabela progressiva do Imposto de Renda Pessoa Física é matéria reservada à lei, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer regras, substituindo o legislador em matéria de sua estrita competência, e em afronta ao princípio da separação dos poderes.

As conclusões aqui tiradas encontram-se embasadas no entendimento da jurisprudência, servindo de exemplo os seguintes arestos da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO. Recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Imposto de renda de pessoa física. Correção da tabela progressiva anual. Lei nº 9.250/95. Ausência de previsão legal. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

(STF, AGREG no RE 424.629-5/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 28/04/2006)

Imposto de renda: tabela progressiva instituída pela L. 9.250/95: ausente previsão legal, é vedado ao Poder Judiciário impor a correção monetária. Precedentes.

(STF, AGREG no RE 415.322-0/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 26/04/2005)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - CORREÇÃO MONETÁRIA DA TABELA DE DEDUÇÕES.

1. A Lei 9.250/95, ao congelar a UFIR, também congelou as faixas de deduções.

2. O congelamento, que também atingiu a base de cálculo do imposto, em perfeita simetria, compatibilizou a base com os valores a serem deduzidos sem afrontar as regras do CTN.

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ, RESP 616.334/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 316)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ATUALIZAÇÃO DA TABELA E LIMITES DE DEDUÇÃO. PRECEDENTES.

1. O Judiciário não pode legislar. A sua missão é interpretar a lei e aplicá-la de acordo com a vontade do legislador.

2. Indexador legal adotado para atualização monetária das tabelas de imposto de renda na fonte e dos limites de dedução.

3. Hipótese de incidência do disposto no art. 2º, da Lei nº 9.250, de 1995.

4. Precedentes da 1ª Turma.

5. Recurso especial não provido.

(STJ, RESP 510.831/GO, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.06.2003, DJ 08.09.2003 p. 244)

Assim também temos, ilustrativamente, julgados proferidos por esta E. Sexta Turma, a exemplo do acórdão abaixo transcrito:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - TABELA PROGRESSIVA DE INCIDÊNCIA - LIMITES DE DEDUÇÃO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.

A correção das tabelas do imposto de renda e as respectivas deduções é matéria de reserva legal, sendo vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, substituir-se ao legislador, em matéria de sua estrita competência, para estabelecer regras a esse respeito, sob pena de afronta às regras de competência tributária estabelecidas na Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais.

(AC 2000.61.00.021140-1, Rel. Desembargador Federal Mairan Maia, julgado em 07/02/2007)

Isto posto, nego seguimento à apelação, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00100 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019418-20.2009.4.03.6100/SP
2009.61.00.019418-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : PLURAL EDITORA E GRAFICA LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 00194182020094036100 19 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando assegurar a dedução das despesas relativas ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da própria Contribuição Social sobre o Lucro, em face da inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 9.316/96, bem como a compensação dos valores recolhidos indevidamente com outros tributos federais.

Em suas razões recursais, pugna a impetrante pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A questão comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, o agravo retido referente aos presentes autos (2009.03.00.032549-2) não deve ser conhecido, a teor do disposto no § 1º, do art. 523 do CPC.

A Lei nº 9.316/96, em seu artigo 1º e parágrafo único, estabeleceu que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido, para efeito de determinação do lucro real que serve de base de cálculo para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nem de sua própria base de cálculo, e que os valores da contribuição social, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Ao meu ver, a vedação de dedução prevista na Lei nº 9.316/96 não importa em qualquer ofensa ao disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional e inciso III do artigo 153 da Constituição Federal, eis que não altera o conceito constitucional de renda e nem tampouco o fato gerador das exações em comento.

De fato, o inciso III do artigo 153 da Constituição Federal arrola a renda e proventos de qualquer natureza como hipótese tributária.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional define genericamente o fato gerador do imposto de renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendida como produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos (inciso I); e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II).

Assim, nada impede que o legislador imponha limites à dedução das verbas relativas ao pagamento de tributos, não havendo qualquer direito à compensação dos valores recolhidos.

A respeito da matéria, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCRO REAL. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. INDEDUTIBILIDADE. ART. 1º DA LEI N. 9.316/1996. LEGALIDADE.

- 1. O art. 1º da Lei n. 9.316/1996 não ofende o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN, de forma que o valor referente à CSLL não pode ser, na apuração do lucro real, deduzido da base de cálculo do imposto de renda.*
- 2. O Código Tributário Nacional define genericamente a base de cálculo do imposto de renda, competindo à lei ordinária seu detalhamento. Dessa forma, não há empecilho para que o legislador ordinário imponha limites à dedução da verba dispensada no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do lucro real ficou a seu encargo.*
- 3. Recurso especial improvido.*

(REsp 670.079/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 16.03.2007 p. 336)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ART. 1º DA LEI Nº 9.316/96. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO. LUCRO REAL. SÚMULA 83/STJ.

- 1. O artigo 1º da Lei nº 9.316/96 não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não autorizando a dedução do valor referente à Contribuição Social Sobre o Lucro-CSSL da base de cálculo da própria contribuição para apuração do lucro real.*
 - 2. "Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).*
 - 3. Agravo regimental improvido.*
- (AgRg no Ag 696010/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 326)*

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, não conheço do agravo retido e **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00101 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000162-82.2009.4.03.6103/SP
2009.61.03.000162-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : ANDRE LUIZ DE SOUZA
ADVOGADO : MARIA NILZA SOUZA DE OLIVEIRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação do autor contra sentença proferida em ação pelo rito ordinário, que denegou o pedido de desconstituição do crédito tributário relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF do ano calendário de 2004. É o sucinto relatório. Decido.

A questão de fundo trazida nos presentes autos refere-se ao afastamento das regras impostas pela Lei nº 9.250/95, em especial aquela disposta em seu artigo 3º, que estabeleceu os valores, expressos em Reais, da tabela progressiva de rendimentos sujeitos ao Imposto de Renda Pessoa Física.

Tenho que a utilização de tabela expressa em Reais, sem a previsão de atualização monetária, não implica afronta ao conceito de renda, previsto no inciso III do artigo 153 da Constituição Federal e esmiuçado no inciso I do artigo 43 do Código Tributário Nacional, posto que lastreada em previsão legal expressa (artigo 3º da Lei nº 9.250/95). Não há cogitar-se, pois, aos olhos da lei, em modificação da tributação incidente sobre o patrimônio do contribuinte.

Por outro lado, a correção da tabela progressiva do Imposto de Renda Pessoa Física é matéria reservada à lei, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer regras, substituindo o legislador em matéria de sua estrita competência, e em afronta ao princípio da separação dos poderes.

As conclusões aqui tiradas encontram-se embasadas no entendimento da jurisprudência, servindo de exemplo os seguintes arestos da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO. Recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Imposto de renda de pessoa física. Correção da tabela progressiva anual. Lei nº 9.250/95. Ausência de previsão legal. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

(STF, AGREG no RE 424.629-5/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 28/04/2006)

Imposto de renda: tabela progressiva instituída pela L. 9.250/95: ausente previsão legal, é vedado ao Poder Judiciário impor a correção monetária. Precedentes.

(STF, AGREG no RE 415.322-0/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 26/04/2005)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - CORREÇÃO MONETÁRIA DA TABELA DE DEDUÇÕES.

1. A Lei 9.250/95, ao congelar a UFIR, também congelou as faixas de deduções.

2. O congelamento, que também atingiu a base de cálculo do imposto, em perfeita simetria, compatibilizou a base com os valores a serem deduzidos sem afrontar as regras do CTN.

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ, RESP 616.334/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 316)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ATUALIZAÇÃO DA TABELA E LIMITES DE DEDUÇÃO. PRECEDENTES.

1. O Judiciário não pode legislar. A sua missão é interpretar a lei e aplicá-la de acordo com a vontade do legislador.

2. Indexador legal adotado para atualização monetária das tabelas de imposto de renda na fonte e dos limites de dedução.

3. Hipótese de incidência do disposto no art. 2º, da Lei nº 9.250, de 1995.

4. Precedentes da 1ª Turma.

5. Recurso especial não provido.

(STJ, RESP 510.831/GO, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.06.2003, DJ 08.09.2003 p. 244)

Assim também temos, ilustrativamente, julgados proferidos por esta E. Sexta Turma, a exemplo do acórdão abaixo transcrito:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - TABELA PROGRESSIVA DE INCIDÊNCIA - LIMITES DE DEDUÇÃO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.

A correção das tabelas do imposto de renda e as respectivas deduções é matéria de reserva legal, sendo vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, substituir-se ao legislador, em matéria de sua estrita competência, para estabelecer regras a esse respeito, sob pena de afronta às regras de competência tributária estabelecidas na Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais.

(AC 2000.61.00.021140-1, Rel. Desembargador Federal Mairan Maia, julgado em 07/02/2007)

Isto posto, nego seguimento à apelação, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00102 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000194-72.2009.4.03.6108/SP

2009.61.08.000194-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : MARIA ROSA BET DE MORAES E SILVA
ADVOGADO : ANDRÉ MURILO PARENTE NOGUEIRA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela impetrante em face de sentença que, em mandado de segurança objetivando afastar a incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência em serviço, julgou extinto o feito sem resolução de mérito, nos termos dos incisos IV e VI do artigo 267 do CPC, em razão da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, por ser a impetrante servidora do Estado.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que a competência para a instituição do imposto de renda é exclusiva da União Federal, conforme art. 153, inciso III, da Constituição Federal.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A matéria comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC, porquanto, conforme entendimento pacificado e consolidado no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, nas ações promovidas pelos servidores públicos estaduais a respeito da exigibilidade do Imposto de Renda Retido na Fonte, a União Federal é parte ilegítima para compor o polo passivo, de vez que os valores questionados pertencem ao Estado, cabendo à União, tão somente, a instituição do tributo.

Com efeito, a vigente Carta Política é clara, em seu artigo 157, inciso I, quando define a quem pertence o imposto de renda arrecadado pelos Estados, *verbis*:

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem. Nesse caminho de raciocínio tem sido também o entendimento doutrinário, mediante o escólio do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em comentário ao artigo 157, inciso I, da vigente Carta Política, *in verbis*: "*Por força da redação dada pela Emenda n. 17/65, o produto do imposto de renda retido na fonte pelos Estados ou pelo Distrito Federal pertence a estes, sempre que incidente sobre os rendimentos enumerados no texto. O direito anterior mandava que a União distribuisse, na forma que a lei estabelecesse, aos Estados e ao Distrito Federal importância equivalente à retida. A diferença, fundamental, está em que, hoje, o produto da retenção é do Estado ou do Distrito Federal, e por inteiro, enquanto, antes, era da União, que devia entregar-lhes, segundo a lei, quantia equivalente*" ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Ed. Saraiva, 1994, volume 3, arts. 104 a 169, p. 129).

Comentando o dispositivo constitucional supra aludido, o eminente doutrinador José Cretella Júnior perfilha o mesmo entendimento: "*Na realidade, o art. 157, I, reproduz a regra que se encontra no art. 23, § 1, da EC n. 1, de 1969: o imposto de renda devido pelos servidores públicos da Administração direta e indireta, bem como de todos os pagamentos feitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, retidos na fonte, irão para os cofres da unidade arrecadadora, e não para os cofres da União, já que, por determinação constitucional "pertencem aos Estados e ao Distrito Federal"*" ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", Forense Universitária, 2ª edição, vol. VII, arts. 145 a 169, p. 3714).

Assim, correta a sentença ao extinguir o feito sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva, eis que proferida em consonância com os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 157, I, DA CF/1988. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que compete à Justiça Estadual processar e julgar ação em que servidor público estadual visa a restituir as quantias de Imposto de Renda retidas na fonte, pois cabe aos Estados a sua retenção, sendo os referidos entes os destinatários do tributo, nos termos do art. 157, I, da Constituição Federal.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1069282/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 21/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO DA FONTE. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DA LEI 9.250/96.

1. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar ação em que servidor público estadual pleiteia a isenção ou a não-incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte, pois compete aos Estados sua retenção, sendo os referidos entes os destinatários do tributo de acordo com o artigo 157, I, da Constituição Federal.

2. O recurso não merece prosperar, porquanto pacífica a jurisprudência desta Corte Especial no sentido de que pertence aos Estados o produto da arrecadação do imposto sobre a renda retido na fonte, incidente sobre rendimentos por eles pagos, suas autarquias e fundações, tendo os mesmos legitimidade para figurar no pólo passivo de ações versando sobre a não incidência desta exação sobre férias convertidas em pecúnia. Precedentes: (AgRg no Ag 356587/MG Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS DJ 30.06.2003; REsp 296899 / MG Relator Ministro GARCIA VIEIRA DJ 11.06.2001; RMS 10044/RJ Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS DJ 17.04.2000; AGA 572.637/MG, Rel. Min. José Delgado, DJU de 09.08.04 e REsp 477520/MG, Rel. Ministro Franciulli Netto DJ 21.03.2005.

3. Resta incólume o teor do acórdão de origem, que extinguiu o feito, por ilegitimidade passiva da Autoridade Coatora Federal, por falta de interesse da União na causa. (grifei)

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 710.439/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2006, DJ 20/02/2006 p. 223)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. NÃO-INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE LICENÇA PRÊMIO, FÉRIAS, ABONO-ASSIDUIDADE E ABONO DE FÉRIAS. VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MAGISTRADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO-MEMBRO. DEDUÇÃO DA BASE DA CÁLCULO DO IR. FACULDADE DO CONTRIBUINTE.

Os valores recolhidos a título de imposto de renda na fonte, pelos Estados, de seus servidores, são de interesse daqueles, consoante determinam os preceitos constitucionais supraditos, e bem assim porque são os responsáveis pelos descontos e destinatários finais da verba retida; não há falar em interesse da União, porquanto a importância descontada não se destina aos seus cofres, cabendo a ela, tão-somente, instituir o tributo.

Também merece reforma o acórdão a quo no que toca ao deferimento, pela Corte de origem, tão-somente da dedução das quantias retidas indevidamente, sobretudo quando o Relator do voto condutor ressalta que "a compensação deferida deverá ser operacionalizada nas declarações de ajuste anual, como já pacificado no âmbito desta egrégia Turma" (fl. 142).

Uma vez julgada procedente a demanda, e por tratar-se a presente de "Ação de Restituição de Indébito", imperioso que se declare o direito contribuinte à restituição das importâncias indevidamente recolhidas, nos termos do pedido, conforme apurado em liquidação de sentença.

Recurso especial dos contribuintes provido, para reconhecer a legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais e o direito do contribuinte à restituição das importâncias indevidamente recolhidas, nos termos do pedido, conforme apurado em liquidação de sentença.

(STJ - REsp 477520-MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 21/03/2005)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu o agravo de instrumento do agravante.

2. O acórdão a quo, ao apreciar demanda atinente à isenção de imposto de renda sobre valores pagos para complementação de aposentadoria de servidores públicos estaduais, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva do Delegado da Receita Federal, decidindo pela competência da Justiça Estadual.

3. É por demais pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, nas demandas atinentes à isenção de imposto de renda sobre valores pagos para complementação de aposentadoria de servidores públicos estaduais, a

competência para apreciar e julgar a ação é da Justiça Estadual, por ser ilegítimo passivamente o Delegado da Receita Federal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 572.637/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2004, DJ 09/08/2004 p. 179)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação da impetrante, nos termos do caput do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00103 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001915-50.2009.4.03.6111/SP

2009.61.11.001915-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : NOVA AMERICA TRADING
ADVOGADO : MARCIA CRISTINA MILESKI MARTINS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

DECISÃO

Vistos, etc.

Foi ajuizada mandado de segurança através do qual o contribuinte pleiteia o aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, nos termos do DL 461/69, podendo transferir o respectivo montante a terceiros ou obtê-lo em espécie, desde o início de suas atividades na exportação ou, subsidiariamente, nos últimos 10 anos, acrescidos de taxa SELIC.

O MM. Juízo "a quo" denegou a segurança pleiteada.

Irresignado, o impetrante, em seu apelo, pugna pela reversão do julgado.

O MPF, em seu parecer, opina pelo improvemento da apelação.

Relatado o necessário, decido.

O presente recurso comporta julgamento na forma do art. 557 do CPC, conferindo-lhe celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica na medida em que privilegia a jurisprudência pacificada nos Tribunais de Superposição.

De fato, a questão já não encontra divergência jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal pelo sistema dos recursos dotados de repercussão geral, na forma dos art. 543-A e 543-B, do CPC, concluiu que o crédito-prêmio do IPI deixou de vigorar 02 (dois) anos após da promulgação da Constituição Federal de 1988, isto é 05/10/1990, nos termos do artigo 41, §1º, do ADCT, vez que não foi confirmado por Lei.

Questão unânime em Plenário da Excelsa Corte:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido.

(RE 577348 -RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Plenário, 13.08.2009)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido.

(RE 561485 - RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Plenário, 13.08.2009).

Isto posto, diante da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nego seguimento à apelação, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00104 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001456-39.2009.4.03.6114/SP

2009.61.14.001456-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : INDUSTRIAS ARTEB S/A
ADVOGADO : ALEXANDRA SORAIA DE VASCONCELOS SEGANTIN e outro
No. ORIG. : 00014563920094036114 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP
DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que acolheu a exceção de pré-executividade e julgou extinto o processo com julgamento do mérito, m razão da prescrição, com fulcro no artigo 269, IV, do CPC e condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios, os quais foram arbitrado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) atualizados da presente data.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

A constituição definitiva do crédito tributário se dá com o lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. Contudo, tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante termo de confissão espontânea, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, conforme se verifica nos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CITAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. REGIME ANTERIOR À LC 118/2005. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A decisão agravada encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte de que o prazo prescricional começa a contar da data da constituição definitiva do crédito tributário, o que de fato ocorreu através do Termo de Confissão Espontânea.

2. Dessa forma, verifica-se que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário em 1º.07.1997 e a citação do devedor em 12.03.2003 transcorreram-se mais de cinco anos, razão pela qual é de se acolher a alegação de prescrição na hipótese.

3. Impede registrar que a execução fiscal foi ajuizada em 27.11.2002, antes da vigência da LC 118/05, época em que somente a citação pessoal do devedor interrompia a prescrição nos termos do art. 174, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AgRg no REsp 852.371/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO ANTERIORMENTE À LEI COMPLEMENTAR N.º 118/2005. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (LUCRO PRESUMIDO). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO MEDIANTE TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TERMO INICIAL: NOTIFICAÇÃO AO CONTRIBUINTE. TERMO FINAL: AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO (ART. 174 DO CTN). OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. De acordo com o art. 174, caput, do Código Tributário Nacional, A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

2. Tratando-se de tributo declarado pelo contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, cujo crédito foi constituído mediante termo de confissão espontânea, o termo inicial da contagem do lapso prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte, sendo de rigor a citação pessoal do devedor dentro do prazo de 5 (cinco) anos (art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com redação anterior à Lei Complementar n.º 118/2005).

3. A demora na citação da executada não pode ser imputada à exeqüente, considerando-se as deficiências que, infelizmente, atingem o funcionamento do sistema judiciário. Assim, não comprovada a desídia ou negligência da exeqüente, há que se considerar como dias ad quem do prazo prescricional a data do ajuizamento da execução fiscal. Aplicação da Súmula n.º 106 do C. STJ.

4. In casu, ainda que se considere como termo final da prescrição a data do ajuizamento da execução fiscal, verifico que o houve o decurso do lapso prescricional quinquenal relativamente aos débitos inscritos na dívida ativa, os quais foram constituídos mediante Termo de Confissão Espontânea.

5. Precedentes desta Corte regional: 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, AC n.º 200661140053077, j. 10.04.2008, DJU 24.04.2008, p. 669; 3ª Turma, Rel. Juiz Rubens Calixto, AC n.º 200101250036751, j. 02.07.2009, v.u., DJF3 21.07.2009, p. 70.

6. Apelação provida. Prejudicada a análise dos demais pedidos formulados."

(TRF3, 6ª turma - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 0024572-35.2004.4.03.9999/SP - Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA - D.E. Publicado em 3/11/2010)

No caso em comento, com a notificação do contribuinte, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional.

Logo, se a parcela do tributo em questão foi declarada pela empresa e venceu-se em 02/01/92, e a execução só foi ajuizada em 17/06/1996, é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie.

Logo, inscrito os débitos na dívida ativa mediante Termo de Confissão Espontânea, com notificação pessoal do contribuinte ocorrida entre 25/09/1998 e 29/08/2000 e, a execução só foi ajuizada em 17/06/1996, é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie.

À minguia de impugnação fica mantido os honorários advocatícios.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00105 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004740-40.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.004740-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : GENE ADMINISTRACAO INCORPORACOES E PARTICIPACOES LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 00047404020094036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando assegurar a dedução das despesas relativas ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da própria Contribuição Social sobre o Lucro, em face da inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 9.316/96, bem como a compensação dos valores recolhidos.

Em suas razões recursais, pugna a impetrante pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A questão comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Lei nº 9.316/96, em seu artigo 1º e parágrafo único, estabeleceu que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido, para efeito de determinação do lucro real que serve de base de cálculo para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nem de sua própria base de cálculo, e que os valores da contribuição social, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Ao meu ver, a vedação de dedução prevista na Lei nº 9.316/96 não importa em qualquer ofensa ao disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional e inciso III do artigo 153 da Constituição Federal, eis que não altera o conceito constitucional de renda e nem tampouco o fato gerador das exações em comento.

De fato, o inciso III do artigo 153 da Constituição Federal arrola a renda e proventos de qualquer natureza como hipótese tributária.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional define genericamente o fato gerador do imposto de renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendida como produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos (inciso I); e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II).

Assim, nada impede que o legislador imponha limites à dedução das verbas relativas ao pagamento de tributos, não havendo qualquer direito à compensação dos valores recolhidos.

A respeito da matéria, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCRO REAL. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. INDEDUTIBILIDADE. ART. 1º DA LEI N. 9.316/1996. LEGALIDADE.

1. O art. 1º da Lei n. 9.316/1996 não ofende o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN, de forma que o valor referente à CSLL não pode ser, na apuração do lucro real, deduzido da base de cálculo do imposto de renda.

2. O Código Tributário Nacional define genericamente a base de cálculo do imposto de renda, competindo à lei ordinária seu detalhamento. Dessa forma, não há empecilho para que o legislador ordinário imponha limites à dedução da verba dispensada no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do lucro real ficou a seu encargo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 670.079/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 16.03.2007 p. 336)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ART. 1º DA LEI Nº 9.316/96. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO. LUCRO REAL. SÚMULA 83/STJ.

1. O artigo 1º da Lei nº 9.316/96 não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não autorizando a dedução do valor referente à Contribuição Social Sobre o Lucro-CSSL da base de cálculo da própria contribuição para apuração do lucro real.

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

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 696010/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 326)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00106 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009818-15.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.009818-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : A A D P
ADVOGADO : LUCIO SOARES LEITE
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 00098181520094036119 5 Vt GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação do autor contra sentença proferida em ação pelo rito ordinário, que denegou o pedido de correção da tabela do imposto de renda com base na variação da UFIR.

É o sucinto relatório. Decido.

A pretensão posta em Juízo cinge-se ao afastamento das regras impostas pela Lei nº 9.250/95, em especial aquela disposta em seu artigo 3º, que estabeleceu os valores, expressos em Reais, da tabela progressiva de rendimentos sujeitos ao Imposto de Renda Pessoa Física.

Tenho que a utilização de tabela expressa em Reais, sem a previsão de atualização monetária, não implica afronta ao conceito de renda, previsto no inciso III do artigo 153 da Constituição Federal e esmiuçado no inciso I do artigo 43 do Código Tributário Nacional, posto que lastreada em previsão legal expressa (artigo 3º da Lei nº 9.250/95). Não há cogitar-se, pois, aos olhos da lei, em modificação da tributação incidente sobre o patrimônio do contribuinte.

Por outro lado, a correção da tabela progressiva do Imposto de Renda Pessoa Física é matéria reservada à lei, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer regras, substituindo o legislador em matéria de sua estrita competência, e em afronta ao princípio da separação dos poderes.

As conclusões aqui tiradas encontram-se embasadas no entendimento da jurisprudência, servindo de exemplo os seguintes arestos da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO. Recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Imposto de renda de pessoa física. Correção da tabela progressiva anual. Lei nº 9.250/95. Ausência de previsão legal. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.

(STF, AGREG no RE 424.629-5/DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 28/04/2006)

Imposto de renda: tabela progressiva instituída pela L. 9.250/95: ausente previsão legal, é vedado ao Poder Judiciário impor a correção monetária. Precedentes.

(STF, AGREG no RE 415.322-0/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 26/04/2005)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - CORREÇÃO MONETÁRIA DA TABELA DE DEDUÇÕES.

1. A Lei 9.250/95, ao congelar a UFIR, também congelou as faixas de deduções.

2. O congelamento, que também atingiu a base de cálculo do imposto, em perfeita simetria, compatibilizou a base com os valores a serem deduzidos sem afrontar as regras do CTN.

3. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ, RESP 616.334/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 316)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ATUALIZAÇÃO DA TABELA E LIMITES DE DEDUÇÃO. PRECEDENTES.

1. O Judiciário não pode legislar. A sua missão é interpretar a lei e aplicá-la de acordo com a vontade do legislador.

2. Indexador legal adotado para atualização monetária das tabelas de imposto de renda na fonte e dos limites de dedução.

3. Hipótese de incidência do disposto no art. 2º, da Lei nº 9.250, de 1995.

4. Precedentes da 1ª Turma.

5. Recurso especial não provido.

(STJ, RESP 510.831/GO, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.06.2003, DJ 08.09.2003 p. 244)

Assim também temos, ilustrativamente, julgados proferidos por esta E. Sexta Turma, a exemplo do acórdão abaixo transcrito:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - TABELA PROGRESSIVA DE INCIDÊNCIA - LIMITES DE DEDUÇÃO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.

A correção das tabelas do imposto de renda e as respectivas deduções é matéria de reserva legal, sendo vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, substituir-se ao legislador, em matéria de sua estrita competência,

para estabelecer regras a esse respeito, sob pena de afronta às regras de competência tributária estabelecidas na Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais.
(AC 2000.61.00.021140-1, Rel. Desembargador Federal Mairan Maia, julgado em 07/02/2007)

Isto posto, nego seguimento à apelação, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00107 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0000592-62.2009.4.03.6126/SP
2009.61.26.000592-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
PARTE AUTORA : ANTONIO BERTOLAZO FILHO
ADVOGADO : GERVASIO APARECIDO CAPORALINI e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário de sentença que concedeu parcialmente a ordem, em mandado de segurança, para afastar a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas rescisórias relativas às férias vencidas indenizadas e respectivo terço constitucional.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não incide imposto de renda sobre a conversão em pecúnia dos direitos não-gozados, tais como licença-prêmio, férias vencidas e proporcionais e seus respectivos adicionais. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - VERBAS: NATUREZA INDENIZATÓRIA X NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

2. A jurisprudência desta Corte, a partir da análise do art. 43 do CTN, firmou entendimento de que estão sujeitos à tributação do imposto de renda, por não possuírem natureza indenizatória, as seguintes verbas:

a) "indenização especial" ou "gratificação" recebida pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho por liberalidade do empregador;

b) verbas pagas a título de indenização por horas extras trabalhadas;

c) horas extras;

d) férias gozadas e respectivos terços constitucionais;

e) adicional noturno;

f) complementação temporária de proventos;

g) décimo-terceiro salário;

h) gratificação de produtividade;

i) verba recebida a título de renúncia à estabilidade provisória decorrente de gravidez; e

j) verba decorrente da renúncia da estabilidade sindical.

3. Diferentemente, o imposto de renda não incide sobre:

a) APIP's (ausências permitidas por interesse particular) ou abono-assiduidade não gozados, convertidos em pecúnia;

b) licença-prêmio não-gozada, convertida em pecúnia;

c) férias não-gozadas, indenizadas na vigência do contrato de trabalho e respectivos terços constitucionais;

d) férias não-gozadas, férias proporcionais e respectivos terços constitucionais, indenizadas por ocasião da rescisão do contrato de trabalho;

e) abono pecuniário de férias;

f) juros moratórios oriundos de pagamento de verbas indenizatórias decorrentes de condenação em reclamatória trabalhista;

g) pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória (decorrente de imposição legal e não de liberalidade do empregador).

4. Hipótese dos autos em que se questiona a incidência do imposto de renda sobre verbas pagas espontaneamente pelo empregador e férias convertidas em pecúnia no momento da rescisão do contrato de trabalho.

5. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 910.262/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 8.10.2008.)

Ademais, nos termos da jurisprudência citada, não se exige comprovação de que as férias não foram usufruídas por necessidade de serviço. Vale conferir o seguinte julgado nesse sentido:

"IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA 284/STF.

1. As verbas recebidas a título licenças-prêmio e de férias - simples ou proporcionais - não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do servidor, ou seja, abono pecuniário, por possuírem natureza indenizatória, não se sujeitam à incidência de imposto de renda.

2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de abono-assiduidade (Ausências Permitidas por Interesse Particular - APIP's).

3. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que o recorrente, apesar de apontar como violado o art. 1º do decreto 20.910/32, não demonstra no recurso especial as razões pelas quais o referido dispositivo restou contrariado.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido."

(REsp 688.929/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 14.9.2007, p. 339.)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, **nego seguimento** à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00108 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000908-86.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.000908-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : AMERICAMINHÕES PECAS E SERVICOS LTDA e outros
: DELFINO ALEXANDRE DE PAULA
: NIVALDO SEBASTIAO LUIZ
: MIGUEL ANTONIO DA SILVA
: TEREZA DE FATIMA GOMES DA SILVA
: CARLOS ROBERTO FERREIRA TAVARES
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE AMERICANA SP
No. ORIG. : 99.00.00588-4 A Vr AMERICANA/SP

DESPACHO

Foi certificado, às fls. 202, que o agravado - AMERICAMINHÕES PEÇAS E SERVIÇOS LTDA - não foi encontrado em nenhum dos endereços fornecidos e que nos autos da execução fiscal ainda não constituiu advogado.

Conforme nota "5c" ao artigo 527, do Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, edição 30ª, pag. 548, **in verbis**:

"A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)."

Isto posto, prossiga-se, fazendo-se as anotações devidas.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00109 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013753-53.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.013753-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : ANTONIO JACINTO MAIA NETO SAO JOSE DOS CAMPOS -ME
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00061395520094036103 4 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) em face da decisão do Juízo Federal da 4ª Vara de São José dos Campos/SP, que indeferiu o pedido de inclusão do titular da empresa individual executada no polo passivo da execução fiscal.

Alega a agravante, em síntese, que a própria natureza jurídica da empresa individual, regulada pelo artigo 966 e seguintes do Código Civil, autoriza o redirecionamento da execução contra o seu titular.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls.49/49v).

Não localizado o agravado. Determinei o prosseguimento do feito independentemente de nova intimação, pois conforme nota "5c" ao artigo 527 do Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, 30ª edição, página 548: "A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)".

É o relatório.

Decido.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal.

A firma individual não possui personalidade jurídica diversa da de seu titular. Ambos são uma única pessoa, com um único patrimônio, e uma única responsabilidade patrimonial perante a administração fazendária.

Destarte, a pessoa física titular da firma individual responde com todos os seus bens pelos débitos contraídos na atividade empresarial, de modo que não há necessidade de inclusão do polo passivo da execução fiscal.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplifica o aresto abaixo transcrito:

"TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - EMPRESA INDIVIDUAL - DESCONTO - BENEFÍCIO - SÓCIO - POSSIBILIDADE.

Tratando-se de firma individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio.

Pode ser desconto dos benefícios auferidos pelo sócio o valor das contribuições devidas pela empresa individual. Recurso provido".

(Resp nº 227393/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 29/11/1999, pág. 138)

"Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Agravo retido. Inviabilidade. Embargos de declaração. Não demonstração da omissão, contradição ou obscuridade. Patrimônio do empresário individual e da pessoa física. Doação. Invalidez. Ausência de outorga uxória. Erro de fato. Tema controvertido. Violação a literal disposição de lei. - Em ação rescisória, da decisão unipessoal que causar gravame a parte, não é cabível o agravo retido. - Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficientemente fundamentado. - Se o alegado erro foi objeto de controvérsia na formação do acórdão, incabível a ação rescisória. - Empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais. - Indispensável a outorga uxória para efeitos de doação, considerando que o patrimônio da empresa individual e da pessoa física, nada mais são que a mesma realidade. Inválido, portanto, o negócio jurídico celebrado. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido".

(Resp nº 594832, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJ: 01/08/2005, pág.00443)

Isto posto, nego seguimento ao agravo de instrumento, com fundamento no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00110 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014912-31.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.014912-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : GALFER GALVANOPLASTIA LTDA e outros
: IRONILTON FERREIRA DA SILVA

: GILSON BARBOSA NETO
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 12 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00614003520044036182 12F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) em face de decisão do Juízo Federal da 12ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que indeferiu pedido de inclusão dos sócios Carla Antonia Colicchio Ribeiro e Genilson de Lima no polo passivo da execução, por não possuírem a condição de diretores, gerentes ou representantes da sociedade executada.

Alega a agravante, em síntese, que a responsabilidade dos sócios é solidária, considerando o disposto no artigo 13 da Lei nº 8.620/93, devendo ser incluídos no polo passivo da execução todos os sócios da empresa.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls.141/143).

Não localizado os agravados. Determinei o prosseguimento do feito independentemente de nova intimação, pois conforme nota "5c" ao artigo 527 do Código de Processo Civil, anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, 30ª edição, pág.548: "A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)."

É o relatório.

Decido.

Ação de execução fiscal que tem por objeto a cobrança do IRPJ, da COFINS, da CSSL, do PIS e do PASEP.

Aclaro, inicialmente, que a responsabilidade solidária tratada no artigo 13 da Lei nº 8.620/93, há de ser interpretada em consonância com o inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional, não sendo possível sua aplicação,

exclusivamente, com o disposto no inciso II do artigo 124 do CTN. Precedentes do STJ - Resp nº736428,

DJ:21/08/2006, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS. Por outro lado, o pedido de redirecionamento do feito em

face dos sócios indicados no relatório foi elaborado em 07/07/2009 (fls.119/122), quando não mais tinha vigência o

artigo 13, da Lei nº8.620/93 (revogado pela MP nº449/08, convertida na Lei 11.941/2009, publicada em 27/05/2009).

Dessa forma, tratando-se de contribuição destinada ao custeio da seguridade social aplica-se, quanto à responsabilidade dos sócios, o disposto no inciso III do artigo 135, do Código Tributário Nacional, que dispõe que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.

Gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato, é a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente, ou a dissolução irregular da sociedade, sem a devida quitação dos tributos pelos representantes legais da empresa.

Conforme entendimento desta Sexta Turma, a dissolução irregular da sociedade somente autoriza a desconsideração da personalidade jurídica e a conseqüente substituição da responsabilidade tributária, desde que comprovada por documentos que indiquem o encerramento da empresa.

No caso vertente, não há demonstração neste sentido, uma vez que a mera tentativa de citação frustrada, por aviso de recebimento, bem como a irregularidade cadastral na Receita, não são suficientes à configuração da dissolução irregular, pois comprovam apenas que a empresa mudou de endereço, sem comunicar aos órgãos competentes.

Nesse sentido tem se orientado a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplifica os arestos abaixo transcritos:

"TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE.

1. O simples indício de ter havido a dissolução irregular da empresa executada, por si só, não autoriza a pretensão de reconduzir o executivo fiscal contra os sócios da empresa. Mas se o indício se torna robusto, amparado por documentos que atestem o provável encerramento das atividades da empresa, torna-se possível autorizar o redirecionamento do executivo fiscal.

2. Recurso especial provido."

(REsp 826.791/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 26.05.2006 p. 251)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. 1. A certidão do oficial de justiça que atesta que a empresa não mais funciona no local indicado pressupõe o encerramento irregular da executada, tornando possível o redirecionamento contra o sócio-gerente, que deverá provar que não agiu com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1089399/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 23.10.2009; AgRg no REsp 1127936/PA, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5.10.2009; AgRg no REsp 1085943/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 18.9.2009. 2. Agravo regimental não provido."

(AGA n.1113154, 2ª T, DJE:05/05/2010, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

Isto posto, nego seguimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, com base no artigo 557, "caput", do CPC.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00111 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022155-26.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.022155-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : SOUMAQ MANUTENCAO DE EMPILHADEIRAS LTDA -ME
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP
No. ORIG. : 00036819320094036126 2 Vr SANTO ANDRE/SP

DESPACHO

Foi certificado, às fls. 63, que o agravado não foi encontrado em nenhum dos endereços fornecidos e que nos autos da execução fiscal ainda não constituiu advogado.

Conforme nota "5c" ao artigo 527, do Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, edição 30ª, pag. 548, **in verbis**:

"A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)."

Isto posto, prossiga-se, fazendo-se as anotações devidas.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00112 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023279-44.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.023279-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : REPRESENTACOES DCAJE LTDA e outro
: JOAO AGOSTINHO DE SOUZA SANTANA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00266348220064036182 8F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Foi certificado, às fls. 185, que os agravados não foram encontrados em nenhum dos endereços fornecidos e que nos autos da execução fiscal ainda não constituiu advogado.

Conforme nota "5c" ao artigo 527, do Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, edição 30ª, pag. 548, **in verbis**:

"A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)."

Isto posto, prossiga-se, fazendo-se as anotações devidas.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00113 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024007-85.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.024007-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : DANIELLE PRINCIE COML/ LTDA
ADVOGADO : ROBERTA GONCALVES PONSO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE COTIA SP

No. ORIG. : 04.00.23483-7 1 Vr COTIA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por DANIELLE PRINCIER COMERCIAL LTDA em face de decisão do Juízo de Direito do SAF da Comarca de Cotia/SP, que deferiu pedido da exequente de penhora sobre 10% (dez por cento) do faturamento bruto mensal da executada.

Alega a agravante, em síntese, que a penhora sobre o faturamento, tal como deferida, inviabilizará a continuação de suas atividades. Requer a desconstituição da penhora ou que seja reduzido o percentual fixado e que a constrição recaia sobre a renda líquida.

Deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo (fls.43/43v).

Contramínuta às fls.48/51.

É o relatório.

Decido.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal.

Pelos documentos juntados aos autos, a credora somente requereu a penhora sobre o faturamento da recorrente, nos termos do artigo 655, VII, do CPC, após constatada a inexistência de outros bens aptos a garantia da execução (fls.29/31). Desse modo, o artigo 620 do CPC deve ser interpretado em consonância com o artigo 612 do mesmo diploma legal, sendo certo que a penhora sobre o faturamento de empresa é aceita no âmbito do STJ, conforme aresto abaixo transcrito:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. 1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra favor debitoris e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor. 2. A Lei 11.382/2006, que alterou o CPC, acrescentou novo inciso VII ao art. 655, permitindo que a penhora recaia sobre percentual do faturamento da executada, verbis: "Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: VII - percentual do faturamento de empresa devedora;" 3. O ato processual regula-se pela máxima tempus regit actum, segundo o que, à luz do direito intertemporal, implica a aplicação da lei nova imediatamente, inclusive aos processos em curso. 4. A penhora sobre faturamento da empresa é admissível, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeado o depositário (art. 655-A, § 3º, do CPC), o qual deverá prestar contas, entregando ao exequente as quantias recebidas à título de pagamento; c) fixada em percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa. 5. In casu, o Tribunal de origem assim se manifestou, in verbis: "De fato, e como assim ponderado na decisão recorrida, verbis, 'a nomeação dos bens pelo devedor deve obedecer à ordem legal estabelecida no art. 655 do CPC. Existindo bens de acordo com a gradação configurada na ordem de preferência, a penhora deve recair sobre os bens da primeira classe e, na falta destes, nos imediatamente subseqüentes, sob pena de torna-se ineficaz a nomeação. (...) Ademais e como estampado no documento de fls. 83/85, sobre o imóvel oferecido para garantia da execução, já recai outra penhora. Logo, ineficaz a indicação oferecida pelo executado. O questionamento possível, nessa hipótese, somente poderá versar sobre o percentual, sendo de reconhecer, quanto a este, bem alvitrada a sua incidência sobre a renda da empresa". (fls. 207/211). Afastar tal premissa, agora, importa sindicatar matéria fática, vedada nesta E. Corte ante o óbice da Súmula 7/STJ. (RESP 623903/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02.05.2005). 6. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 5% (cinco por cento) à míngua de outros bens penhoráveis. (Precedentes: REsp 996.715/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 5.11.2008; REsp 600.798/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/2004, DJ 17/05/2004). 7. Recurso especial desprovido." (Resp n.1135715, DJE:02/02/2010, 1ª T, Relator Ministro LUIZ FUX).

Por outro lado, inviável que a penhora sobre o faturamento inviabilize as atividades empresárias da agravante, constituindo entendimento desta Turma Julgadora que a mesma recaia, tão-somente, sobre o percentual de 5% (cinco por cento) do faturamento bruto da executada.

Isto posto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para reduzir a penhora de 10 % (dez por cento) para 5% (cinco por cento) do faturamento bruto da executada, tudo nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00114 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025835-19.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.025835-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : GRH ADMINISTRACAO DE SERVICOS TEMPORARIOS LTDA e outro
: GILBERTO RUBENS DE LIMA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 11 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00235418220044036182 11F Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Foi certificado, às fls. 106, que os agravados não foram encontrados em nenhum dos endereços fornecidos e que nos autos da execução fiscal ainda não constituiu advogado.

Conforme nota "5c" ao artigo 527, do Código de Processo Civil anotado por Theotonio Negrão, São Paulo, Ed. Saraiva, edição 30ª, pag. 548, **in verbis**:

"A intimação, como decorre do texto, deve ser feita ao advogado do recorrido. Se este não tem advogado, o agravo comporta julgamento imediato (JTJ 185/236)."

Isto posto, prossiga-se, fazendo-se as anotações devidas.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00115 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026073-38.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.026073-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : ITAU UNIBANCO S/A
ADVOGADO : SIRLEY APARECIDA LOPES RODRIGUES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00127916320104036100 26 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do Juízo Federal da 26ª Vara de São Paulo/SP que indeferiu pedido de antecipação de tutela visando, em síntese, à suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo aos valores compensados e declarados por meio de pedido retificador, nos termos do art. 151, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Conforme o disposto no art. 522 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, os agravos interpostos contra decisões interlocutórias serão retidos, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, nos casos de inadmissão de apelação e efeitos em que esta é recebida.

No caso, não considero presentes os requisitos legais para o recebimento do recurso como agravo de instrumento, motivo pelo qual o converto em agravo retido e determino a sua remessa ao Juízo de origem, na forma do artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.187/2005.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00116 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027202-78.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027202-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : UNIMED DE LIMEIRA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

ADVOGADO : SONIA CORREA DA SILVA DE ALMEIDA PRADO
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE LIMEIRA SP
No. ORIG. : 03.00.01338-8 A Vr LIMEIRA/SP
DESPACHO
Fls.127/129 e 150/151. Mantenho a decisão de fls.120/120v por seus próprios fundamentos. Prossiga-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00117 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0028451-64.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.028451-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : NELSON JAMIL RODRIGUES
ADVOGADO : RENATO ANTONIO LOPES DELUCA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
PARTE RE' : CAMPO RIO COM/ E REPRESENTACOES LTDA
: EDIMILSON MARTINS DOS SANTOS
: HELOISE MADUREIRA DE ALMEIDA RODRIGUES
: DENISE CRISTINA DA ROCHA RODRIGUES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00095568020044036106 5 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP
DESPACHO
Fls115/117. Mantenho a decisão de fls.112/112v por seus próprios fundamentos. Prossiga-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00118 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029892-80.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.029892-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : DOW QUIMICA S/A
ADVOGADO : CLAUDIA RINALDI MARCOS VIT e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00170760220104036100 7 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão do Juízo Federal da 7ª Vara de São Paulo/SP, que, em ação ordinária, deferiu antecipação de tutela para reconhecer a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários da União Federal objeto dos processos administrativos de compensação nºs 11610.021853/2002-93, 11610.000590/2003-60, 44941.002408/2003-13, 11610.003594/2003-08, 11610.005142/2003-52, 11610.005290/2003-77, 11610.007226/2003-21 e 11610.005144/2003-41.

Posteriormente, o Juízo acolheu Embargos de Declaração opostos pela autora, para conceder a antecipação da tutela, de modo a abarcar também o processo administrativo nº 16349.000037/2008-01.

Sustenta a agravante, em síntese, que o prazo quinquenal previsto no artigo 168, I, do CTN, deve ser computado a partir do pagamento indevido. Ou seja, os valores recolhidos há mais de cinco anos estão prescritos, para fins do seu ressarcimento, quer em dinheiro, quer por meio de compensação com outros tributos.

Mesmo que se admitisse a tese dos "5+5" para contagem do prazo prescricional relativo à restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, argumenta a União Federal que, com o advento do art. 3º da L.C. nº 118/05, cujo

caráter é de lei interpretativa, teria findado a controvérsia jurisprudencial e doutrinária que girava em torno do termo inicial do prazo de prescrição, porquanto o artigo em questão dispõe expressamente que, para efeito de interpretação do inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do referido código. Portanto, defende a improcedência da ação de origem, eis que, nos termos do art. 168, I, do CTN c.c. o disposto na L.C. 118/05 já teria decorrido o prazo prescricional, mesmo porque a Receita teria constatado que a autora pretendia restituir/compensar valores de PIS referentes a depósitos judiciais realizados nos autos do Mandado de Segurança nº 92.0000542-0, convertidos em renda da União.

Esclarece que, no referido *writ*, a agravada questionava a cobrança do PIS, tanto nos termos da LC 7/70, como à luz dos próprios Decretos-Leis 2445/88 e 2449/88, sendo que acabou restando vencida na citada demanda, com decisão do TRF-3ª Região transitada em julgado, a qual, confirmando a sentença de primeiro grau, declarou a improcedência da ação.

Por fim, mesmo que se desconsiderasse a discussão a respeito da prescrição, ressalta a insuficiência dos créditos para se efetivar a compensação.

Diante dos argumentos acima expendidos, pede a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório. Decido.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal.

Diviso, neste exame provisório, a presença dos requisitos autorizadores da concessão da antecipação de tutela de que trata o artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil.

Conforme transcrito pela União Federal às fls. 25, há inúmeros vícios formais e materiais a macular o pedido de restituição/compensação. Transcrevo, por oportuno, a manifestação de fls. 25:

"... além da prescrição do direito a pleitear a restituição/compensação, o presente procedimento apresenta uma série de vícios formais e materiais que impedem o seu prosseguimento. Se não vejamos: a interessada apresenta em sua planilha, como se recolhimento normal em DARF fosse, Guias de Depósitos a Ordem da Justiça Federal, cujas cópias se encontram as fls. 089, 091, 092, 094/096, 098, 100, 102, 103, 104/106, 108/111, 114/117, 119/122, 124/127, 129/131, 133, 134, 136, 138/140, referentes à Dow Química e, às fls. 166, 169, 180/185, 188, 190, 192, 194, 197, 200, 202/204, 206, 208, 209, 211, 212, 214, 215, 218, 219, 221, 222, 224, 225, 227, 228, 230, 231, 234, 235, 237, 238, 240, 241, 243, 245, 247, 250/252, referentes à Dow Produtos Químicos Ltda.

Em pesquisa, precedendo a este parecer, verifica-se a existência de duas contas a saber, a 0265-005-00133374-0 referente à Dow Química S/A e a 0265-005-00133377-4 referente à Dow Produtos Químicos Ltda, sendo que ambas as referidas contas pertencem ao processo judicial 92.0000542-0, não apresentando a interessada quaisquer observações a respeito do dito processo, no presente procedimento, nem fazendo quaisquer alusões sobre decisões a respeito dele."

Ou seja, em exame provisório, constata-se a ausência de verossimilhança das alegações formuladas pela agravada.

Assim, independentemente da discussão a respeito da prescrição, verifica-se que a agravada pretende efetuar compensações mediante aproveitamento de depósitos judiciais, o que não tem amparo na lei. Ademais, faltam informações atualizadas a respeito da ação nº 92.0000542-0, citada pela União.

Mais importante é destacar que os mencionados depósitos judiciais efetuados nos autos do MS nº 92.0000542-0 já teriam sido convertidos em renda da União, tendo em vista a ocorrência de coisa julgada material. E nem há notícia nos autos de propositura de ação rescisória.

Ante o exposto, presente a verossimilhança das alegações, **defiro o pedido de efeito suspensivo.**

Intime-se a agravada para resposta.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00119 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0030471-28.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.030471-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : USINA SANTA ISABEL S/A
ADVOGADO : EMILIANE PINOTTI CARRARA AVILES e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00066588420104036106 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP
DESPACHO

Fls.103/105. Mantenho a decisão de fls.100/100v por seus próprios fundamentos. Cumpra-se a parte final da decisão (remessa dos autos ao Juízo de Origem).

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00120 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032282-23.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032282-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
AGRAVANTE : MERCEDES BENZ LEASING DO BRASIL ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A
ADVOGADO : MARCELO TESHEINER CAVASSANI e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00044181020104036111 3 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Insurge-se a agravante contra decisão que indeferiu a liminar pleiteada em mandado de segurança impetrado com o fim de obter a "imediate suspensão do processo administrativo nº 11444.000306/2010-43, a se evitar a aplicação da pena de perdimento, ou, caso já formalmente decretada, a incontinenti suspensão dos efeitos da pena de perdimento do furgão 313CDI Sprinter, marca Mercedes-Benz, ano 2005, placa IMN-7518, RENAVAL 857877798, chassi 8AC9036625A927794" (fl. 05).

Assevera ter sido instaurado o processo administrativo em comento para apuração de infração praticada por terceiro, consistente no transporte irregular de mercadorias oriundas do Paraguai, com a conseqüente apreensão do veículo referido, de propriedade da agravante e conduzido pelo infrator, Ewerton Fleury de Souza.

Alega que, a despeito da apresentação de recurso administrativo em face do Termo de Guarda nº 62/2010, no qual aduziu ilegitimidade para figurar no pólo passivo do processo administrativo, a autoridade coatora determinou a remessa dos autos ao setor competente para "elaborar o Auto de Infração e Termo de Guarda e Apreensão Fiscal para a imposição de pena de perdimento do veículo, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.833/2003" (fl. 10).

Por tal razão, conclui que "será expropriada do seu direito de propriedade do veículo sem ter participado do processo administrativo que lhe aplicará tal pena, por transmissão da sanção pelo descumprimento do pagamento de multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil) reais aplicada pessoalmente ao condutor Ewerton Fleury de Souza, em frontal prejuízo do patrimônio jurídico da Agravante" (fl. 11).

Expende que "a pena de perdimento não pode ultrapassar a figura do condutor/infrator (que nem arrendatário é), sem que esteja comprovada de forma cabal a concorrência/participação, o beneficiamento ou o conhecimento do proprietário do veículo acerca da conduta ilícita" (fl. 22), sendo, pois, patente, a boa-fé da Agravante.

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

DECIDO.

Indispensável para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no art. 558 do CPC.

Do compulsar dos autos, denota-se ter sido o veículo Mercedes-Benz Sprinter 313CDI, ano 2005, placas IMN-7518, apreendido em 30/12/2009, na Rodovia SP-421, km 86, Paraguaçu Paulista - SP, em razão do transporte de cigarros produzidos no Paraguai desacompanhados da respectiva documentação fiscal, de acordo com o Termo de Retenção de fl. 109. Tal apreensão deu ensejo à lavratura de termo de apreensão do veículo e conseqüente instauração do Processo Administrativo nº 11444.000306/2010-43.

Saliente-se que o Processo Administrativo foi instaurado em face de Ewerton Fleury de Souza, condutor do veículo, sem resguardar à Agravante, proprietária do veículo, o exercício de seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse diapasão, observa-se o parecer emitido pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Marília:

"Trata-se de auto de infração para aplicação da multa regulamentar prevista no art. 75 da Lei nº 10.833/2003, em virtude de transporte irregular de mercadorias sujeitas à pena de perdimento.

Compulsando os autos, verifica-se que foi apresentado, indevidamente, em 12/03/2010, recurso ao Termo de Retenção e Guarda Fiscal por parte do proprietário do veículo, Mercedes-Benz Leasing do Brasil Arrendamento Mercantil S/A, CNPJ: 00.162.760/0001-030 (fls. 46 a 54).

A autuação foi sofrida pelo condutor do veículo, Ewerton Fleury de Souza, parte legítima nesse processo e somente a este cabe, em desejando, apresentar recurso. O veículo, conforme determina os § 1º e 2º do art. 75 da Lei nº 10.833/2003, foi retido com o fim de garantir o pagamento da multa regulamentar aplicada ou até o eventual deferimento do recurso.

A ciência do proprietário somente foi efetuada para simples conhecimento e para melhor possibilitar seu direito constitucional de ampla defesa e dar melhor cumprimento ao disposto no § 1º do art. 8º da IN/SRF nº 366/2003, bem como ao art. 75 da Lei nº 10.833/2003 (...)

(...)

Consta no presente processo que o veículo foi entregue à proprietária, na qualidade de fiel depositária, em razão de liminar de reintegração de posse concedida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre (fls. 56 a 65). Diante do exposto, proponho que seja comunicado à Mercedes Benz Leasing do Brasil Arrendamento Mercantil S/A que não tomamos conhecimento do recurso apresentado e, posteriormente, a remessa dos autos à SAFIS/DRF/MRA para elaboração de Auto de Infração e Termo de Guarda e Apreensão Fiscal para imposição e pena de perdimento ao veículo nos termos do § 4º do art. 7º da IN/SRF nº 366/2003 e para cumprimento das disposições na Solução de Consulta Interna/COSIT nº 20/2005." (fls. 116/117).

Em princípio, seria de rigor demonstrar a responsabilidade da Agravante na prática do ato que ensejou a apreensão do veículo, razão pela qual a decretação da pena de perdimento do bem, neste caso, afronta a Súmula nº 138 do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*:

"A pena de perdimento de veículo, utilizado em contrabando ou descaminho, somente se justifica se demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do seu proprietário na prática do ilícito"

Considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente neste momento de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que a agravante logrou demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da concessão em parte da medida pleiteada.

Ante o exposto, defiro parcialmente o efeito suspensivo pleiteado, tão-somente para afastar, por ora, a aplicação do art. 75, § 4º, da Lei nº 10.833/03.

Comunique-se ao Juízo *a quo* o teor desta decisão, com urgência.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Santoro Facchini

Juiz Federal Convocado

00121 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032350-70.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032350-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
AGRAVANTE : IND/ METALURGICA ARITA LTDA
ADVOGADO : IGOR SOPRANI MARUYAMA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00125134720104036105 2 Vr CAMPINAS/SP
DECISÃO
Vistos.

Insurge-se a agravante contra decisão que, em mandado de segurança impetrado com o fim de determinar à autoridade coatora o recebimento da reclamação administrativa por ela formulada e, conseqüentemente, suspenda a exigibilidade dos créditos tributários envolvidos.

Assevera ser a reclamação administrativa instrumento hábil à defesa de interesses dos contribuintes junto à Receita Federal do Brasil, sendo, pois, obrigatório, que a autoridade fazendária, em conseqüência do mero recebimento dessa reclamação, inicie o processo administrativo e suspenda a exigibilidade do crédito tributário, em observância ao que dispõem os arts. 5º e 48 da Lei nº 9.784/99, e 151, III, do Código Tributário Nacional.

Sustenta ser *extra petita* a decisão agravada, na medida em que tratou de matéria não ventilada no *mandamus* de origem, tendo inclusive deliberado acerca de pedido de compensação de créditos com debêntures emitidas pela Eletrobrás - Centrais Elétricas Brasileiras.

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

DECIDO.

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

No caso dos autos, a agravante não demonstrou a presença dos requisitos legais aptos à suspensão da decisão recorrida. Com efeito, presente na decisão a análise dos pressupostos para a concessão da medida pleiteada, preserva-se neste momento processual a cognição desenvolvida pelo Juízo de origem como mecanismo de prestígio às soluções postas pelo magistrado, privilegiando-se a decisão proferida.

Saliente-se que o Juízo da causa, ao indeferir a liminar pleiteada, adentrou no mérito da questão ventilada na impugnação administrativa - a compensação de tributos pretendida pela Agravante - por não encontrar referida pretensão amparo legal:

"A compensação de tributos deve-se dar segundo critérios normativos previamente estabelecidos na legislação de regência. Demais disso, apenas suspendem a exigibilidade do crédito tributário 'as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;', conforme previsão do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

A pretendida compensação deve ocorrer segundo parâmetros estabelecidos pelo artigo 74, parágrafo 12, inciso II, c e e, da Lei nº 9.430/1996 e pela Instrução Normativa RFB nº 900/2008, o que não ocorre na espécie - em que a impetrante quer ver processado pedido de compensação de tributos administrados pela Receita Federal do Brasil com pretensão crédito originário de empréstimo compulsório representado por debêntures da Eletrobrás.

Veja-se sobre o tema: '(...). III - Não há qualquer ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, legalidade, isonomia ou direito de petição, na regra inserida nos 12 e 13 do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.051/2004, que institui as hipóteses em que a compensação será considerada como não-declarada, pois a compensação tributária é causa extintiva dos créditos fiscais cuja regulação deve ser feita exclusivamente pela lei (Código Tributário Nacional, art. 97, I e art. 156, II), aí incluídas as hipóteses em que sejam inadmissíveis, ou seja, em que se verifica a falta de interesse na própria instauração do processo administrativo fiscal que objetive a compensação em razão da manifesta inadequação do pedido formulado ante a compensação que é admitida pela própria lei, justificando-se assim a diferença de tratamento dispensado aos contribuintes que façam suas postulações em estrita obediência à normatização editada pelo legislador. IV - No caso em análise, previsto na alínea "e", do inciso II, do 12, do referido dispositivo legal, a legitimidade da inadmissão da declaração de compensação se evidencia pela circunstância de que a compensação prevista no artigo 74, caput, da Lei nº 9.430/96, é restrita aos tributos e contribuições que sejam administrados pela Secretaria da Receita Federal, o que evidentemente não se aplica aos títulos obrigações da Eletrobrás a que se refere os pedidos de compensação feitos pela impetrante. (...)'. [TRF3; AMS 2007.61.05.000093-3; AMS 311.085; Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro; Terceira Turma; DJF3 CJI 06/07/2010, p. 453].

Não diviso no ato adversado, tampouco, violação aos princípios constitucionais invocados pela impetrante. O estabelecimento pelo Poder Público, ainda que por normatização infralegal, de parâmetros procedimentais ao exercício de direitos legalmente assegurados não deve ser confundido com a negativa à eficácia desses direitos, desde que violação à razoabilidade material ou restrição aos próprios direitos não sejam opostas.

Para o caso dos autos, diante da natureza do crédito oferecido à compensação, o pedido administrativo da impetrante nem sequer foi recebido (conhecido).

Diante do exposto, indefiro o pedido liminar." (fls. 206-verso/207 - grifei).

Por outro lado, merecem destaque excertos das informações prestadas pela autoridade coatora, *verbis*:

"A interessada protocolizou 'Reclamação Administrativa', objetivando a compensação de alegado indébito tributário (Empréstimo Compulsório representado por Debêntures da Eletrobrás), com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB. Tal procedimento carece de previsão legal, consubstanciada no enunciado da Súmula nº 06, do 3º Conselho de Contribuintes, publicada no D.O.U. de 13 de setembro de 2006, vigorando a partir de 12 de janeiro de 2007, a saber:

'Não compete à Secretaria da Receita Federal promover a restituição de obrigações da Eletrobrás nem sua compensação com débitos tributários.'

Na verdade, para usufruir do instituto da compensação de tributos, a impetrante deve seguir os procedimentos previstos na legislação de regência, mormente a Instrução Normativa RFB nº 900/2008. Só não o fez porque esbarrou na falta de previsão legal, no âmbito administrativo, de compensar eventual indébito tributário, originário do Empréstimo Compulsório representado por Debêntures da Eletrobrás com tributos administrados pela RFB. Daí, a tentativa infrutífera e sem respaldo legal de levar a cabo seu intento por meio de RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA, remédio inadequado para o fim desejado: a referida compensação de tributos.

Isto porque a administração tributária federal não emitiu nenhum juízo de valor acerca das pretensões da interessada, simplesmente porque não houve a instauração de litígio, vale dizer, do contencioso administrativo: a pretensão da contribuinte carece de previsão legal.

Logo, não há que falar em litígio, inclusive em suspensão da exigibilidade, tendo em vista a inexistência de ato da autoridade impetrada que possa vir a ser questionado pela querelante. O que há, indubitavelmente, é uma vedação legal, prevista na legislação de regência, cujo teor a interessada teve ciência por meio do Comunicado nº 1268/2010 SEORT/DRF-CPS, de 15/07/2010 (...) - fl. 203.

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

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

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

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.
Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.
Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Santoro Facchini
Juiz Federal Convocado

00122 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033747-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033747-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : MIORI S/A IND/ COM/
ADVOGADO : PAULO CHECOLI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP
No. ORIG. : 11007188219944036109 1 Vr PIRACICABA/SP
DECISÃO
Vistos.

Insurge-se a agravante contra decisão que, em execução fiscal, ante a notícia de parcelamento dos débitos e o pedido de suspensão do feito por 1 (um) ano formulado pela exequente, determinou a remessa dos autos ao arquivo com baixa suspenso, bem assim contra a decisão proferida nos embargos de declaração por ele opostos.

Sustenta ofensa ao disposto no art. 5º, XXXIV, "a" e XXXV da Constituição Federal, na medida em que a decisão, tal como proferida, nega o exercício do direito de petição e o direito de acesso ao Judiciário.

Alega violação às prerrogativas legais dos advogados, bem assim deverem prevalecer sobre o princípio da eficiência administrativa, os princípios da legalidade, do direito de acesso ao Poder Judiciário, o direito de petição, bem assim o direito de vista incondicionada dos autos.

Inconformada, requer a concessão nesta instância da medida postulada e indeferida pelo Juízo de primeiro grau.

DECIDO.

A suspensão da eficácia de decisão agravada encontra-se condicionada à presença de dois fatores: a relevância da fundamentação e a configuração de situação que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação.

A lesão grave ou de difícil reparação a justificar a suspensão dos efeitos da decisão agravada, há de ser certa e determinada, comprometendo a eficácia da tutela jurisdicional a ser prestada.

A fundamentação da agravante não se revela da indispensável relevância, a propiciar a suspensão da decisão recorrida, a teor do art. 558 do CPC, tampouco encontra-se configurada a situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada.

Com efeito, presente na decisão a análise dos pressupostos para a concessão da medida pleiteada, preserva-se neste momento processual a cognição desenvolvida pelo Juízo de origem como mecanismo de prestígio às soluções postas pelo magistrado, privilegiando-se a decisão proferida.

Nesse sentido, mencionou o Juízo *a quo* na decisão ora agravada:

"Considerando o enorme volume de feitos em trâmite por esta Vara, bem como a possibilidade de desarquivamento, caso uma das partes assim o requeira, determino que os autos sejam remetidos ao arquivo com baixa suspenso ao invés de armazenar os presentes autos em Secretaria.

Cabe ressaltar que, para acompanhar os parcelamentos de seus créditos, a exequente não necessita dos autos, pois possui todos os dados necessários em seu sistema informatizado, devendo eventuais pedidos de prazo, desarquivamento e nova vista, formulados apenas para verificação da continuação do cumprimento, sem notícia de exclusão, rescisão ou pagamento integral, serem devolvidas ao peticionário, após cancelamento do respectivo protocolo" (fl. 150).

Por tal razão, foram opostos embargos de declaração, o que ensejou a prolação da seguinte decisão:

"O recurso foi interposto em 23/09/2010(fl. 140) sendo, portanto, tempestivo, considerando-se a data de intimação da decisão (fl.138) e a aplicação do art.188, do CPC; motivo pelo qual conheço dos embargos.

In casu, a embargante alega que consta na decisão embargada omissão dos fundamentos relativos ao cancelamento dos protocolos de petições com pedidos de prazo, desarquivamento e nova vista formulados apenas para verificação dos autos. Acolho e acresço à decisão de fl.137:

'A determinação supra tem base no Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa(art.37, CF/88), vez que as execuções fiscais cujos créditos estejam sendo adimplidos através de Programa de Parcelamento devem ter seu andamento suspenso, em consonância ao art.151, VI, CTN; não sendo eficiente nem tampouco razoável o gasto de recursos públicos que tenham por único escopo provocar desnecessariamente o Estado Juiz. Deveras, tal determinação

cabe a ambas as partes do processo, em consonância ao Princípio da Isonomia, uma vez que pressupõe ser conhecimento básico do Operador do Direito que o Direito de Petição está vinculado ao Interesse de Agir, ou seja, se o devedor aderiu ao Programa de Parcelamento instituído pela Lei nº.11.941/2009, cuja regularidade pode ser facilmente verificada pela PGFN através de seu sistema informatizado, e, se o andamento do feito ficará suspenso até eventual notícia de exclusão ao Programa, rescisão ou pagamento integral do débito; indaga-se: qual interesse assistiria à embargante ao requerer pedido de prazo ou desarquivamento apenas para vista dos autos? Ademais, relembro a embargante que constitui DEVER de todos que participam do processo "não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito"(art.16, IV, do CPC).

Descabe tratar aqui da eficiência no uso de recursos humanos pela PGFN, uma vez que é matéria afeta à competência interna. Todavia, em se tratando da prestação jurisdicional esta magistrada pode afirmar que não se mostra eficiente o uso de mão-de-obra dos seus auxiliares na movimentação de execuções fiscais com exigibilidade suspensa, pois tal atividade se faz em prejuízo do tempo que poderia ser destinado a outras execuções fiscais, cujos créditos não estão suspensos e ainda se encontram pendentes de satisfação."

No mais a decisão permanece tal como lançada." (fls. 155/155-verso)

Considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente em sede de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que a agravante não logrou demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada.

Ausentes os pressupostos, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Dê-se ciência do teor desta decisão ao Juízo *a quo*.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Santorio Facchini

Juiz Federal Convocado

00123 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034065-50.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034065-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
AGRAVANTE : ACOS BOHLER UDDEHOLM DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : MARCIO CAVENAGHI PEREIRA DA SILVA e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00049056820104036114 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP
DECISÃO
Vistos.

Insurge-se a agravante contra a decisão que, em mandado de segurança impetrado com o fim de obter a expedição de Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com efeitos de Negativa, recebeu tão-somente no efeito devolutivo a apelação interposta em face da sentença que concedera em parte a segurança.

Alega, em síntese, ser necessário o recebimento da apelação interposta também no efeito suspensivo.

Inconformada, requer a concessão da medida postulada e a reforma da decisão agravada.

DECIDO.

Indispensável para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no art. 558 do CPC.

A suspensão da eficácia de decisão agravada encontra-se condicionada à presença de dois fatores: a relevância da fundamentação e a configuração de situação que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação.

A providência prevista pelo art. 558 do CPC, não pode vir a se configurar em julgamento antecipado do agravo pelo relator. Evidentemente, uma vez deferida a medida, a decisão do relator subsistirá até julgamento do recurso pela turma, mas a legitimidade desta decisão dependerá da verificação *in concreto* da presença dos requisitos abstratamente previstos pela norma processual.

A lesão grave ou de difícil reparação a justificar a suspensão dos efeitos da decisão agravada, há de ser certa e determinada, comprometendo a eficácia da tutela jurisdicional a ser prestada.

Neste sentido o ensinamento de Teori Albino Zavascki:

"O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, e que enseja antecipação assecuratória, é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo), e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é

iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes mencionado."

(in "Reforma do Código de Processo Civil", Coordenador Salvio de Figueiredo Teixeira, tópico 7 - pg 153).

A fundamentação da agravante não se revela da indispensável relevância, a propiciar a concessão da medida postulada, a teor do art. 558 do CPC, tampouco se encontra configurada a situação objetiva de perigo, a qual deve ser certa e determinada.

A sentença concessiva de segurança, que acolhe total ou parcialmente o pedido, possui caráter auto-executório, razão pela qual o recurso interposto contra tal deve ser recebido tão-somente no efeito devolutivo, consoante o art. 14, § 3º, da Lei n.º 12.016/09.

Por outro lado, a sentença denegatória possui conteúdo declaratório negativo. Assim, não emana ordem a ser cumprida, razão pela qual o recurso dela interposto é recebido tão-somente no efeito devolutivo.

Vem, reiteradamente, decidindo o C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL (ART. 796 E SEQUINTE, CPC).

1. Pedido de "efeito suspensivo" no processamento de recurso ordinário interposto em Mandado de Segurança denegado, não se concilia com o sucesso. Deveras seria inócuo o deferimento, uma vez que, negada a segurança, não existe ordem positiva para ser cumprida ou contendo efeitos favoráveis, que precisariam ser mantidos.

2. Cautelar sem procedência" (grifou-se).

(STJ, 1ª Turma, MC 2312/AM, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 25/09/2000, v.u., DJ 08/10/2001, p. 0162).

"PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EFEITOS DA SENTENÇA DENEGATÓRIA - APELAÇÃO .

1. Somente em hipóteses excepcionalíssimas é que se concede ao recurso efeito diverso do atribuído em lei.

2. Em mandado de segurança, só se aceita impugnação de sentença por ação de segurança quando é a decisão teratológica e/ou manifestamente ilegal.

3. Recurso ordinário improvido". (STJ, 2ª Turma, ROMS 12607/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 07/03/2002, v.u., DJ 22/04/2002, p. 0183)

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITOS DA APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA QUE DENEGA SEGURANÇA.

1. A apelação contra sentença que denega segurança comporta apenas efeito devolutivo.

2. Precedente.

3. Recurso provido". (STJ, 1ª Turma, RESP 183054/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 12/06/2001, v.u., DJ 11/03/2002, p. 0175)

Assim, como regra geral, a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Contudo, excepcionalmente, admite-se o deferimento do efeito suspensivo quando o risco de se frustrar futura decisão porventura concessiva do pleito se mostra indubitosa e a denegação da ordem, com recebimento do apelo no efeito meramente devolutivo, causa, ao direito da parte, lesão irreparável, o que não se afigura *in casu*.

Dessarte, ausentes os pressupostos, impõe-se a manutenção da eficácia da decisão impugnada.

Ante o exposto, indefiro o provimento postulado.

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

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Santoro Facchini

Juiz Federal Convocado

00124 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034397-17.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034397-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : ADDORE ALIMENTACAO COLETIVA LTDA
ADVOGADO : CARINA POLIDORO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00141970720104036105 8 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Addore Alimentação Coletiva Ltda. em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 08ª Vara de Campinas/SP que, em mandado de segurança, indeferiu liminar visando à sua inclusão no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/09, bem como determinou a complementação de custas iniciais pela agravante, por considerar a necessidade de adequação do valor da causa ao benefício econômico pretendido.

Sustenta a agravante, em síntese: 1) que o prazo de opção pelo parcelamento previsto na Lei 11.941/09 foi prorrogado pela Lei nº 12.249/10; 2) a possibilidade de inclusão de débitos oriundos do SIMPLES no parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09; 3) a inexistência de vedação legal ao parcelamento de débitos de empresas optantes pelo regime do SUPERSIMPLES nos termos da Lei nº 10.522/2002. Outrossim, alega que sua exclusão do regime especial (Supersimples), em razão de dívidas, é inconstitucional, por afronta aos princípios da legalidade e isonomia. Por fim, sustenta que deve ser afastada a exigência de complementação de custas, determinada pelo Juízo *a quo*, devendo ser mantida a fixação do valor da causa em R\$ 1.000,00 (mil reais), para efeitos de custas, porquanto o objetivo do *writ* refere-se apenas à adesão da agravante ao parcelamento de impostos, não sendo este suscetível de quantificação.

Pede a concessão do efeito suspensivo para que seja reconhecida a prorrogação do prazo legal para adesão ao parcelamento previsto na Lei nº 11.941/09 ou, alternativamente, para que seja possibilitada a adesão ao parcelamento nos termos da Lei nº 10.522/02. No mais, pede o reconhecimento da inconstitucionalidade de sua exclusão do regime especial de pagamento de tributos, decorrente de sua inadimplência e, por fim, que seja afastada a exigência de complementação das custas judiciais, diante dos motivos acima citados.

Após breve relato, **decido**.

Presentes os pressupostos do artigo 522 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.187/05, a autorizar a interposição do agravo por instrumento, considerando tratar-se de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Todavia, em uma análise primária, não diviso os requisitos para concessão da antecipação de tutela recursal prevista no inciso III do artigo 527 do Código de Processo Civil.

De início, afasto a alegação da agravante de que teria sido prorrogado o prazo de opção pelo parcelamento veiculado pela Lei nº 11.941/09 por meio da Lei nº 12.249/10. Não existe na nova lei nenhuma norma expressa quanto à prorrogação do prazo do parcelamento da Lei nº 11.941/09. Nesse sentido, não merece prosperar o argumento segundo o qual tal disposição estaria implícita no art. 65, §18, da Lei nº 12.249/10, mesmo porque o referido artigo trata de débitos administrados pelas autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza, tributários ou não tributários, com a Procuradoria-Geral Federal.

Quanto à inclusão de débitos de empresas que optaram pelo SIMPLES, não há previsão na Lei nº 11.941/09 ou na Lei nº 10.522/02. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 123/06, no art. 79, previu a possibilidade de parcelamento em até 100 (cem) parcelas mensais e sucessivas, dos débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas federal, estadual ou municipal, de responsabilidade da microempresa ou empresa de pequeno porte e de seu titular ou sócio, com vencimento até 30 de junho de 2008. Da mesma forma, o dispositivo foi mantido nas Leis supervenientes.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade de sua exclusão do regime especial (Supersimples) em razão de dívidas, ao fundamento de que tal medida caracteriza afronta aos princípios da legalidade e isonomia, observo que as disposições da Lei nº 11.941/09 e posterior Lei nº 10.522/02 são normas válidas e eficazes, as quais não podem ser afastadas por meio de decisão provisória, por ausência de relevância dos fundamentos. Importante ressaltar que, às microempresas e empresas de pequeno porte, já é assegurado um regime tributário mais favorável, por força de disposição constitucional, art. 146, parágrafo único da CF/88, e das leis complementares que tratam da matéria.

Por fim, no tocante à exigência de complementação de custas pela agravante, motivada pela necessidade de adequação do valor da causa ao benefício pretendido, observo que, em se tratando de ação visando ao reconhecimento do direito ao parcelamento de débitos e, conseqüentemente, à suspensão da sua exigibilidade nos termos do art. 151 do CTN, buscase, sem dúvida, um benefício econômico, o qual, diversamente do exposto pela agravante, corresponde, a meu ver, ao valor dos créditos da União que se busca parcelar.

Nesse sentido, a causa deve corresponder ao valor do benefício que se pretende obter e, no caso concreto, o parâmetro de que dispomos é o valor do crédito tributário, cuja exigibilidade se pretende suspender. Do contrário, ficaria ao exclusivo critério do autor atribuir valor que não se fundamenta em fatos concretos.

Ante o exposto, ausente a verossimilhança das alegações, **indefiro** o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a agravada para resposta.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00125 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034963-63.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034963-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

AGRAVADO : EDUARDO ARTUR DOS SANTOS
ADVOGADO : JOÃO BURKE PASSOS FILHO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 00233335920084036182 9F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Insurge-se a agravante contra a decisão que recebeu os embargos opostos e determinou a suspensão da execução fiscal correspondente.

Alega, em síntese, a ausência dos requisitos legais aptos à suspender o prosseguimento da execução fiscal.

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

DECIDO.

Indispensável para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no art. 558 do CPC.

No caso presente o Juízo *a quo* recebeu os embargos opostos e determinou a suspensão da execução fiscal.

Dispõe o art. 1º da Lei n.º 6.830/80 ser regida por ela "A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias" e "subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil".

Mostrava-se bem sedimentado o entendimento de que a existência de garantia integral do débito conduzia à suspensão da execução fiscal, antes da edição do novel artigo 739-A do CPC.

Considerando que o supracitado artigo 739-A do CPC deve ser aplicado apenas de forma subsidiária ao processo de execução fiscal, não se denota que deva incidir no presente caso, em prejuízo do executado/embargante.

Outrossim, como a garantia ofertada não é em dinheiro, resta assente que a suspensão da execução não impede que, eventual e oportunamente, seja verificada a higidez da garantia, ou mesmo constatada a hipótese de alienação antecipada do bem, nos termos do que preceitua a lei 6.830/80.

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

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

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

Intime-se o agravado, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Santoro Facchini

Juiz Federal Convocado

00126 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035079-69.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035079-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : GOCIL SERVICOS DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA
ADVOGADO : MARCIO SOCORRO POLLET e outro
PARTE AUTORA : GOCIL SERVICOS DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA filial e outro(s)
: GOCIL SERVICOS DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA filial
ADVOGADO : MARCIO SOCORRO POLLET e outro
PARTE AUTORA : GOCIL SERVICOS DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA filial
ADVOGADO : MARCIO SOCORRO POLLET e outro
PARTE RE' : Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educacao FNDE
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00224025520014036100 21 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP que, em fase de cumprimento de julgado, determinou à agravante o depósito do valor correspondente a R\$27.652,70, sob pena de penhora pelo sistema BACENJUD.

Sustenta a agravante que o Juízo determinou a aplicação da multa prevista no art. 475-J sob o fundamento de que não há necessidade de intimação pelo Diário Oficial para o pagamento espontâneo do valor correspondente à condenação, no caso, honorários, partilhando do entendimento de que o prazo de 15 dias a que alude o referido dispositivo, começa a fluir do trânsito em julgado. A recorrente colaciona vários julgados a respeito do tema e requer a antecipação da tutela recursal de molde a suspender a ordem de depósito do importe de R\$27.652,70, relativo à multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Após breve relato, **decido**.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em fase de cumprimento de sentença.

Diviso a presença dos requisitos autorizadores da suspensão de que trata o artigo 527, inciso III, combinado com o art. 558, ambos do Código de Processo Civil.

A Lei nº 11.232/05 trouxe ao Código de Processo Civil importantes alterações na fase de liquidação de sentenças, acrescentando vários dispositivos ao art. 475. Em se tratando de sentença condenatória, diz o art. 475-B que se o cálculo do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença na forma do art. 475-J, apresentando memória discriminada e atualizada do cálculo.

Assim, se o início da fase de cumprimento de sentença depende de ato do credor, não se efetivando de forma automática, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, certo é que somente após a intimação do devedor, através de seu advogado, começa a fluir o prazo de 15 dias para o adimplemento voluntário da obrigação, sob pena de aplicação de multa de 10% sobre o montante da condenação.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL E DA CELERIDADE PROCESSUAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARTS. 475-I E 475-J DO CPC (LEI N. 11.232 DE 2005). CRÉDITO EXEQÜENDO. MEMÓRIA DE CÁLCULO. MULTA. PRAZO DO ART. 475-J DO CPC. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DIA ÚTIL POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA INTIMAÇÃO DO DEVEDOR NA PESSOA DO ADVOGADO.

- 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.*
- 2. A fase de cumprimento de sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.*
- 3. Concedida a oportunidade para o adimplemento voluntário do crédito exeqüendo, o não-pagamento no prazo de quinze dias importará na incidência sobre o montante da condenação de multa no percentual de dez por cento (art. 475-J do CPC), compreendendo-se o termo inicial do referido prazo o primeiro dia útil posterior à data da publicação de intimação do devedor na pessoa de seu advogado.*
- 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (EDcl no Ag 1136836/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)*

Ante o exposto, **defiro** o pedido de efeito suspensivo para suspender a ordem de depósito do valor correspondente à multa.

Comunique-se.

Intime-se a agravada para resposta.

Publique-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00127 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035218-21.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035218-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
AGRAVANTE : WILSON ROMERO RODRIGUES
ADVOGADO : ADRIANA ROMERO RODRIGUES MUSTARO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

PARTE RE' : BIO ELECTRON IND/ E COM/ DE APARELHOS CIENTIFICOS LTDA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DAS EXEC. FISCAIS SP
No. ORIG. : 05108433119974036182 2F Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
Vistos.

Insurge-se o agravante contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita. Sustenta haver preenchido todas as formalidades necessárias ao deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita, sobretudo em razão da declaração de estado de pobreza por ele prestada. Inconformado, requer a concessão do provimento postulado e a reforma da decisão agravada.

DECIDO.

Insurge-se o agravante contra a decisão que indeferiu os benefícios da assistência judiciária, determinando seu recolhimento ao final do processo.

A Lei nº 1.060/50 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária gratuita, estatuindo as hipóteses para sua concessão. No art. 4º, encontra-se disciplinada a forma pela qual deve-se pleitear o benefício, ou seja, "mediante simples afirmação na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

Trata-se de presunção *juris tantum*, cabendo à parte contrária impugná-la, mediante a apresentação de provas aptas à sua desconstituição.

Conforme se infere, a intenção do legislador foi a de simplificar o requerimento, para possibilitar a gratuidade judiciária àqueles que não têm condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, independentemente de outras formalidades.

Excepcionalmente, o juiz pode, de ofício, afastar o benefício da justiça gratuita quando não forem cumpridos os requisitos legais e estiverem presentes fortes elementos capazes de contrariar a alegada hipossuficiência.

No presente caso, porém, não se encontram presentes indícios hábeis a afastar a presunção de que o agravante faz jus ao benefício pretendido.

Diante do exposto, por vislumbrar a relevância da fundamentação, defiro a medida postulada.

Dê-se ciência ao Juízo *a quo* do teor desta decisão, com urgência.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Santoro Facchini

Juiz Federal Convocado

00128 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035231-20.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035231-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : SANTANDER BRASIL S/A CORRETORA DE TITULOS E VALORES
MOBILIARIOS
ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO e outro
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00099820320104036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão do Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP que indeferiu antecipação de tutela recursal requerida em sede de apelação, a qual foi recebida apenas no efeito devolutivo. Sustenta a agravante, em síntese, a possibilidade jurídica de antecipação da tutela após a prolação da sentença. Na verdade, pretende a recorrente, com fundamento nos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela para que não seja compelida ao recolhimento do valor correspondente ao crédito tributário formalizado por meio do procedimento administrativo nº 16327.003446/2003-02. No autos de origem, discute eventual atraso no recolhimento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza e, conseqüentemente, a incidência de juros e multa. Afirma, outrossim, a decadência do direito à cobrança dos valores pela União.

Finalmente, ressalta o risco de dano irreparável, pois em 18/10/2010 fora instaurado procedimento administrativo para cobrança de juros de mora sobre o IRRF.

Pede a recorrente a antecipação da tutela recursal para suspender a exigibilidade do crédito até o julgamento do recurso de apelação, afastando-se todo e qualquer ato da autoridade tendente a exigi-lo, bem como a inscrição na dívida ativa, inscrição no CADIN, negativa de expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa.

Após breve relato, **decido**.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em mandado de segurança, após a prolação da sentença.

Contudo, não diviso, neste exame provisório, os requisitos para a antecipação da tutela recursal pretendida, nos moldes do inciso III do artigo 527 do Código de Processo Civil.

A apelação de sentença proferida em mandado de segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, eis que o recebimento no efeito suspensivo é incompatível com o seu caráter auto-executório e com a celeridade do rito mandamental.

E, para a concessão excepcional de efeito suspensivo ao recurso, indispensável a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no artigo 558 do Código de Processo Civil, o que não se constata no caso dos autos, nos quais se tratam dos efeitos naturais da sentença.

Por outro lado, a antecipação da tutela na apelação, sem dúvida, deve ser examinada em conjunto com os efeitos do recurso. A meu ver, o pedido, nos moldes em que requerido pela impetrante na apelação, somente seria possível em face da excepcionalidade do caso e diante do risco de perecimento de direito, ou seja, em situações de fato excepcionais e ainda considerando situações teratológicas, o que não ocorre no contexto atual.

Ante o exposto, **indefiro** o requerido efeito suspensivo.

Intime-se a agravada para resposta.

Oportunamente, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00129 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035298-82.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035298-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
AGRAVADO : FABIANA MACHADO DOS SANTOS
ADVOGADO : MARIA DALVA ZANGRANDI COPPOLA e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE GUARATINGUETA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00009095520074036118 1 Vr GUARATINGUETA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra decisão do Juízo Federal da 1ª Vara de Guaratinguetá/SP, que recebeu a apelação interposta em ambos os efeitos, com exceção do capítulo da sentença que concedeu/confirmou a antecipação da tutela, ao qual atribuiu o efeito meramente devolutivo nos termos do inciso VII, do art. 520, CPC.

Alega a agravante, em síntese, que a apelação deve ser recebida no duplo efeito, sob pena de causar danos irreversíveis. Pede a antecipação da tutela recursal, a fim de que seja sobrestada a eficácia da sentença.

Após breve relato, **decido**.

Presentes os pressupostos do art. 522 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.187/05, a autorizarem a interposição do agravo por instrumento, considerando tratar-se de decisão a respeito dos efeitos em que a apelação é recebida.

Todavia, não diviso os requisitos que autorizam a suspensão da decisão agravada, porquanto, nos termos do artigo 520, inciso VII, do Código de Processo Civil, a apelação de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela deve ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Ademais, para a concessão de efeito suspensivo neste recurso, indispensável a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no artigo 558 do Código de Processo Civil, o que não se constata, no caso dos autos. Além disso, apenas no caso de decisão teratológica, a qual falta os elementos mínimos para a sua cognição, possível seria o afastamento da aplicação da norma legal, o que não ocorre, uma vez que a decisão agravada encontra-se devidamente fundamentada e com apoio na norma legal.

Isto posto, **nego** o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a agravada para os fins do artigo 527, V, do CPC.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00130 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035309-14.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035309-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : MM IND/ DE MOLDES MATRIZES E FERRAMENTARIA LTDA -EPP
ADVOGADO : MARISTELA ANTONIA DA SILVA
AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DO SAF DE CARAPICUIBA SP
No. ORIG. : 09.00.14838-0 A Vr CARAPICUIBA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do Juízo de Direito do SAF de Carapicuíba/SP, que em execução fiscal, rejeitou a nomeação de Debêntures emitidas pela Eletrobrás, ofertadas para a garantia do juízo, tendo em vista a recusa da exequente.

Sustenta a agravante, em síntese, que as debêntures em questão são tem liquidez imediata, sendo injustificada a recusa da Fazenda Nacional, e que a decisão colide com o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil. Ademais, o art. 11, da Lei nº 6.830/80, não se trata de ordem taxativa. Requer a concessão de efeito suspensivo.

Após breve relato, **Decido**.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal.

Contudo, não diviso, em uma análise provisória, os requisitos que autorizam a suspensão da decisão agravada, nos moldes do artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil.

No que se refere à garantia de execução fiscal, ressalto que embora deva ser feita de maneira menos gravosa para o devedor, nos moldes do artigo 620 do Código de Processo Civil, sua realização deve dar-se no interesse do credor, *ex vi* do artigo 612 do citado diploma.

Nesse diapasão, a exequente não está obrigada a aceitar a nomeação de debêntures emitidas pela Eletrobrás, em afronta ao rol taxativo do artigo 11 da LEF, considerando a existência de outros bens penhoráveis.

Se não bastasse, os títulos oferecidos foram recusados expressamente pela exequente (fls. 102/104), de forma fundamentada, em razão da ausência de prova da sua propriedade, preço de aquisição, cotação em bolsa, certeza, exigibilidade e conversibilidade em moeda corrente.

Ante o exposto, **indefiro** o pedido de efeito suspensivo.

Cumpra-se o art. 527, inciso V, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00131 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035420-95.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035420-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes DNIT
ADVOGADO : PAULA CRISTINA DE ANDRADE LOPES VARGAS e outro
AGRAVADO : ANTONIO CARLOS MAZARO
ADVOGADO : LUIS ANTONIO DE ABREU e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00008538720094036106 3 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - DNIT em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara de São José do Rio Preto/SP, que indeferiu pedido de denunciação da lide à sociedade CAMTER Construções e Empreendimentos Ltda., em ação de rito ordinário, por meio da qual a agravada objetiva a condenação do agravante em danos morais, em razão de acidente automobilístico ocorrido no dia 20 de outubro de 2006, na altura do Km 22,7 da rodovia federal BR-153, no Município de Centralina, MG.

Alega o agravante, em síntese, que a manutenção do trecho rodoviário onde ocorreu o acidente descrito estava, à época do fato, sob a responsabilidade da sociedade CAMTER Construções e Empreendimentos Ltda., por força do contrato de empreitada, firmado em 1º de agosto de 2006, sob o nº TT 179/2006-00, nos termos da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, sustenta que a sociedade deve integrar a lide, nos termos do art. 70, III, CPC, porquanto a demanda envolve a caracterização de responsabilidade estatal subjetiva por omissão, devendo o seu resultado estender-se à referida sociedade. Pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Após breve relato, **decido**.

Em uma análise primária, não entendo relevante a fundamentação da agravante, a ensejar a suspensão de que trata o artigo 527, inciso III, do CPC.

De fato, a hipótese aqui versada não se enquadra em nenhum dos casos enumerados no artigo 70 do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que alega o agravante, a denunciação da lide fundada no inciso III pressupõe que o denunciado seja sempre e incondicionalmente garantidor do prejuízo do que perdeu a demanda, como, por exemplo, a companhia de seguros perante o segurado.

Essa, contudo, não é a hipótese dos autos, pois, conforme ressaltado pelo Juízo *a quo*, ao DNIT caberia, de forma direta, a responsabilidade pela fiscalização referente à execução dos trabalhos prestados pela sociedade CAMTER - Construções e Empreendimentos S.A.

Por outro lado, o que se discute na presente demanda é a responsabilidade objetiva do agravante e da União, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, de modo que a inclusão da sociedade empreiteira no pólo passivo da lide importa na admissão de novo fundamento, qual seja, o da responsabilidade subjetiva, não constante da lide originária. Não se olvide, nesse aspecto, que, em se tratando de caso em que se discute a responsabilidade civil objetiva do Estado, a denunciação da lide não é obrigatória, porquanto o agravante poderá pleitear o ressarcimento de eventuais prejuízos em ação autônoma regressiva, ocasião em que poderá discutir a suposta conduta dolosa ou culposa por parte da sociedade empreiteira, sendo este o regramento estabelecido na citada norma constitucional.

A propósito, em caso análogo, manifestei-me nesse sentido, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. NÃO OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO DE REGRESSO. ART.70, III DO CPC.

1. A denunciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.

2. Não é obrigatória a denunciação à lide do suposto causador ou co-responsável pelo dano, nas ações de indenização baseadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (artigo 37, § 6º, da CF/88, c/c artigo 43 do CC), entendimento este firmado ao fundamento de que, a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.

3. A falta de denunciação nas hipóteses do artigo 70, II e III do CPC não acarreta a perda do direito de regresso, apenas impedindo que este seja exercido no mesmo processo.

4. Na ação de indenização por danos morais apurar-se-á a responsabilidade da União Federal, ora agravante, pelo dano moral causado em razão da expedição em duplicidade do CPF, pelo que não pode ser responsabilizado o Sr. Astério Nascimento Pinto, o qual pode ter, em ação autônoma, apurada sua responsabilidade cível e penal, pela utilização indevida de documentação oficial Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(Sexta Turma, Des. Fed. Rel. Lazarano Neto, AI nº 196698, Proc. nº 2004.03.00.000886-5, julgado em 05/02/2009, DJF 25/02/2009, p. 291)

Isto posto, **indefiro** o efeito suspensivo pretendido.

Intime-se o agravado para, querendo, apresentar contraminuta.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00132 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035427-87.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035427-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
AGRAVANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
AGRAVADO : MUNICIPIO DE PIRACICABA SP
ADVOGADO : ANDREA PADUA DE PAULA e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE PIRACICABA SP

No. ORIG. : 00099220320104036109 1 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do Juízo Federal da 1ª Vara de Piracicaba/SP que deferiu a medida liminar, em mandado de segurança, para que a impetrante - Município de Piracicaba - seja incluída no parcelamento de débitos mediante a regularização das parcelas nos termos da adesão, devendo, se estiver em termos, ser concedida a certidão positiva com efeitos de negativa, desde que inexistam outros débitos.

Conforme o disposto no art. 522 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, os agravos interpostos contra decisões interlocutórias serão retidos, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, nos casos de inadmissão de apelação e efeitos em que esta é recebida.

No caso, não considero presentes os requisitos legais para o recebimento do recurso como agravo de instrumento, motivo pelo qual o converto em agravo retido e determino a sua remessa ao Juízo de origem, na forma do artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.187/2005.

Publique-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00133 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0036157-98.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.036157-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

AGRAVANTE : CURITIBA EMPREENDIMENTOS LTDA

ADVOGADO : PABLO DOTTO e outro

AGRAVADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

INTERESSADO : AQUILES CROMO DURO LTDA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSSJ>SP

No. ORIG. : 00054328120104036126 3 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Vistos. Recebido no gabinete na data de hoje, 25 de novembro de 2010, às 14:00h.

Trata-se de agravo interposto por Curitiba Empreendimentos Ltda em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara de Santo André/SP que, em embargos de terceiro, indeferiu pedido de suspensão de leilão designado para hoje, 25 de novembro de 2010.

Sustenta a agravante, em síntese, que o imóvel objeto do leilão a ser realizado nesta data é de sua propriedade. Alega a sua boa-fé, porquanto adquiriu o bem por meio de escritura pública em 10/06/2002. Os antigos proprietários, por sua vez, adquiriram o imóvel do executado por meio de escritura pública há mais de 20 anos. Por tais motivos requereu a suspensão da ação de execução.

Traça o histórico das transações, que tiveram por objeto o bem a ser eventualmente leiloado. Em 29/05/1990, a pessoa jurídica AQUILES CROMO DURO LTDA prometeu vender 41,02% do imóvel à sociedade HUDSON BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA, fato que se concretizou em 26/07/90, quando as partes formalizaram a venda e compra por meio de escritura pública. Ato contínuo, em 21/11/1995, a HUBRÁS PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA, nova razão social da HUDSON BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA, comprometeu-se a vender o bem à SHOUBAI FINANCE & INVESTMENT CORP ou a quem esta última indicasse através de escritura pública de compromisso de venda e compra.

A embargante, por seu turno, em 10/06/2002, adquiriu o bem da SHOUBAI, também por meio de escritura pública, ou seja, em data anterior à propositura da execução fiscal.

Dessa forma, a recorrente afirma que exerce a posse há muitos anos, tendo inclusive locado o referido imóvel à sociedade NICK AUTO POSTO E SERVIÇOS LTDA em 23/05/2002. Pede a proteção de sua posse, apesar de os instrumentos públicos não terem sido levados a registro, conforme o disposto na Súmula nº 84 do STJ. Finalmente, ressalta que as promessas de venda e compra ocorreram antes da constituição do crédito objeto da execução. Pede a concessão do efeito suspensivo, a fim de que seja determinada a suspensão da execução, até o julgamento final dos embargos, sobrestando-se a expedição de eventual carta de arrematação.

É o breve relatório. Decido.

Saliento, inicialmente, ser cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em embargos à execução, tratando-se de decisão suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação à agravante.

Em um exame provisório, diviso os requisitos para a concessão do efeito suspensivo de que trata o artigo 527, inciso III, combinado com o art. 558, ambos do Código de Processo Civil.

Com efeito, há que se proteger a posse dos terceiros, que se encontravam de boa-fé quando da celebração do negócio jurídico, ainda que não levado a registro o contrato de compra e venda.

É que, a par da norma civilista estampada no CC, art. 1245 (correspondente ao art. 530 do CC/16), ganha relevo a função social da propriedade, assegurada pela CF, arts. 5º, XXIII e 170, III, a qual merece ser prestigiada, com base na interpretação sociológica preconizada pela LICC, art. 5º.

No caso em tela, a primeira escritura de venda e compra foi levada a efeito em 26/07/1990, figurando como vendedora "AQUILES CROMO DURO LTDA" e como compradora "HUDSON BRASILEIRA DE PETRÓLEO" (fls. 107/109). Em 21/11/1995, foi lavrada uma nova escritura por meio da qual a HUBRÁS PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA (nova denominação de HUDSON BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA) prometeu a venda a SHOUBAI FINANCE & INVESTMENT CORP do imóvel em questão (fls. 110/115).

Em 10/06/2002, a SHOUBAI prometeu, por meio de escritura pública, a venda do imóvel para a CURITIBA EMPREENDIMENTO LTDA (atual agravante).

O contexto fático da causa, assim, amolda-se à orientação emanada do CPC, art. 1046, caput e § 1º, bem como da Súmula nº 84 do C. STJ, assim redigida:

"É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro".

Veja-se, mais, o seguinte julgado, recentemente publicado:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - AUSÊNCIA DE REGISTRO ANTERIOR À PENHORA - IRRELEVÂNCIA - SÚMULA 84/STJ - FRAUDE À EXECUÇÃO - PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. O terceiro celebrante de compromisso de compra e venda não registrado tem proteção de sua posse contra a penhora incidente sobre o patrimônio do alienante se a alienação ocorreu antes da citação do executado. Inteligência da Súmula 84/STJ.

2. Admite-se prova em contrário, a cargo do terceiro, da inexistência de fraude à execução fiscal.

3. Divergência prejudicada pela adoção de paradigmas superados, nos termos da Súmula 83/STJ.

4. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 1034048, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 18/02/09)

Ante o exposto, em um juízo provisório, **defiro pedido de efeito suspensivo para sobrestar a expedição de eventual carta de arrematação.**

Comunique-se.

Intime-se a parte contrária para a apresentação de contraminuta, nos termos do inciso V, do art. 527, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00134 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007239-60.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.007239-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : CLEALCO ACUCAR E ALCOOL S/A

ADVOGADO : ADEMAR FERREIRA MOTA

APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES

No. ORIG. : 08.00.00007-9 A Vr BIRIGUI/SP

DECISÃO

Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta por CLEALCO AÇÚCAR E ALCOOL S/A, contra sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos para declarar constitucional a taxa Selic como índice de correção monetária e manter a multa de mora como instituída na CDA, condenando, ainda, a embargante no importe de R\$ 1.000, 00 a título de honorários advocatícios.

Em suas razões recursais, a embargante pugna pela total reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

Analisando as razões expandidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo é procedente em parte, nos termos que passo a fundamentar.

O ordenamento adotado pelo art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Primeiramente, a Certidão de Dívida Ativa foi regularmente inscrita, apresentando todos os requisitos obrigatórios previstos nos artigos 2º, § 5º, da Lei n.º 6.830/80 e 202 do Código Tributário Nacional.

No tocante a incidência da taxa SELIC sobre o valor do débito exequiando, esclareço ser legítima, pois composta de taxa de juros e correção monetária, a partir de 1º de janeiro de 1996. Inadmissível sua cumulação com quaisquer outros índices de correção monetária e juros, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de capitalização de juros e de ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. LEI 9.065/95. INCIDÊNCIA. NULIDADE CERTIDÃO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSENSO.

1. Os créditos tributários recolhidos extemporaneamente, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95, são acrescidos dos juros da taxa SELIC, operação que atende ao princípio da legalidade.

2. A jurisprudência da Primeira Seção, não obstante majoritária, é no sentido de que são devidos juros da taxa SELIC em compensação de tributos e mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública.

3. A utilização da taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. Precedentes: AgRg no Ag 649.394/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 21.11.2005; REsp 586.219/MG, Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 02.05.2005; EREsp 419.513/RS, Min. JOSÉ DELGADO, DJ 08.3.2004).

(...)

10. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1103085/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 03/09/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - TAXA SELIC - EXISTÊNCIA DE LEI MUNICIPAL - APLICABILIDADE.

1. A eg. Primeira Seção deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa SELIC sobre débitos e créditos tributários.

2. É possível a utilização da Taxa Selic na atualização monetária de créditos tributários federais, e, havendo lei do ente federativo, em relação também aos estaduais e municipais. Precedentes.

3. Recurso especial provido."

(STJ, REsp 1099363/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 27/05/2009)."

A questão da inaplicabilidade da denúncia espontânea nos tributos sujeitos a lançamento por homologação já não é mais objeto de dissonância, tanto no STJ como na E. Sexta Turma desta Corte, sendo, portanto, devida a multa moratória aplicada sobre tributos assim constituídos, e não recolhidos ou recolhidos em atraso.

Nesse sentido, Súmula 360 do STJ, onde se lê:

"O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo".

Quanto a cumulação de correção monetária, juros e multa moratória na apuração do crédito tributário, prevista no § 2º, art. 2º, da Lei n.º 6.830/80, é possível, tendo em vista a natureza jurídica diversa dos referidos acessórios.

A cobrança de acessórios regularmente previstos em lei, impostos aos contribuintes em atraso com o cumprimento de suas obrigações, não caracteriza confisco.

A imposição de multa moratória objetiva penalizar o contribuinte em razão do atraso no recolhimento do tributo.

Por fim, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 1.025/69 e legislação posterior, é devido nas execuções fiscais promovidas pela União Federal, destinando-se a custear as despesas com a cobrança judicial de sua Dívida Ativa, bem como a substituir a condenação da embargante em honorários advocatícios, quando os embargos forem julgados improcedentes ou mesmo parcialmente procedentes. Súmula n. 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Em face das peculiaridades do processo executivo, a exigência não constitui violação à Carta Magna e a princípios constitucionais, processuais ou tributários.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LIQUIDEZ. SÚMULA 7/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ARGUMENTAÇÃO RECURSAL REFERENTE A OMISSÃO. ART. 460 DO CPC ESTRANHO AO PLEITO. LAUDO PERICIAL NÃO ACOLHIDO. FACULDADE DO JUIZ. LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ENCARGO LEGAL. APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE JUROS MORATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 284/STF.

1. Inviável apreciar, em Recurso Especial, suposta iliquidez da CDA, considerando que o Tribunal de origem fundamentou adequadamente o entendimento pela higidez do título (Súmula 7/STJ). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O art. 460 do CPC não dá suporte ao argumento recursal, pois os contribuintes referem-se a suposta omissão do Tribunal de origem (e não a julgamento extra petita). De qualquer forma, o Tribunal a quo manifestou-se expressamente a respeito da questão suscitada pelos recorrentes.

3. O julgador não fica adstrito ao laudo pericial e pode apreciar livremente a prova, desde que fundamente, de forma adequada, seu entendimento. Precedentes do STJ.

4. O encargo legal de 20% previsto no art. 1º do DL 1.025/1969 substitui os honorários na Execução e nos Embargos, descabendo nova condenação a esse título (Súmula 168/TRF).

5. Impossível a análise do argumento recursal no sentido de que a TR não pode ser adotada como índice de correção monetária, pois o TRF consignou expressamente sua aplicação como juros moratórios (Súmula 284/STF), o que, ademais, é aceito pela jurisprudência do STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido."

(STJ, REsp 1113952/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)."

Desta forma, impõe-se afastar a condenação da embargante nos honorários advocatícios fixada na sentença.

Em face de todo o exposto, nos termos do CPC, art. 557, dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação em honorários da sentença, em razão da cobrança do Decreto-Lei 1.025/69.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00135 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0012602-28.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.012602-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : SAPIENS GRUPO EDUCACIONAL OSASCO S/C LTDA
ADVOGADO : RENATO DE LUIZI JUNIOR
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE OSASCO SP
No. ORIG. : 00.00.01214-2 2 Vr OSASCO/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta em face da sentença, que acolheu a exceção de pré-executividade para julgar extinta a presente execução, nos termos do artigo 269, IV, do CPC.

Condenou a Fazenda Nacional ao pagamento de custas e honorários de 10% sobre o valor atualizado a execução.

Decisão sujeita ao reexame necessário.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para extinguir a execução, ante a inoccorrência da prescrição, e, por conseguinte, que se prossiga a execução fiscal em referência.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, não conheço do reexame necessário, isso porque, tratando-se de execução fiscal extinta com base no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, não há que se falar em reexame obrigatório da sentença, considerando que o art. 475, inciso II, do CPC, reporta-se apenas à decisão que julga procedente, no todo ou em parte, os embargos opostos pelo executado. Precedentes da Sexta Turma do TRF-3ª Região.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos.

Analisando as razões expendidas na apelação, entendo que seu inconformismo não procede, porque, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a exemplo do pretendido na hipótese, é cediço que a declaração do contribuinte o constitui, fazendo-se prescindir, portanto, de seu lançamento formal ou notificação em prévio procedimento administrativo.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.

2. A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.

3. Agravo regimental não-provido."

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

No caso em comento, com a notificação do contribuinte, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional.

Logo, inscrito os débitos na dívida ativa mediante Termo de Confissão Espontânea, com notificação pessoal do contribuinte ocorrida em 05/05/98, mesmo desconsiderando os lapsos imputáveis ao judiciário (Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça), é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie, não se aplicando, *in casu*, o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a alteração dada pela Lei Complementar nº. 118/2005, c.c art. 8º, §2º, da Lei nº 6.830/80, como marco interruptivo da prescrição, em razão da propositura do executivo fiscal haver se dado anteriormente a entrada da norma em vigor.

Ressalto, nesse ínterim, que embora a execução tenha sido ajuizada dentro do quinquênio de que dispunha a executante para tanto, a providência da citação é ônus processual que incumbe à parte (artigo 219, §2º, do CPC) e, portanto, cabia a União efetivá-la dentro do prazo.

Por fim, quanto aos honorários, mantenho-os como fixados, porquanto atendem ao disposto no art. 20 e seus parágrafos do CPC.

Por todo o exposto, não conheço da remessa oficial e nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00136 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024656-26.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.024656-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : RESAPREV SOCIEDADE RESANA DE PREVIDENCIA PRIVADA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PALUAN
No. ORIG. : 09.00.01485-7 A Vr MOGI DAS CRUZES/SP
DECISÃO
Vistos etc.

Trata-se de Apelação da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) em face da sentença de fls. 74 e 79, que extinguiu, com fundamento no artigos 267, inciso VIII, do CPC e art. 26 da Lei 6830/80, a execução fiscal ajuizada em face de REPRAPEV SOCIEDADE RESANA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, e condenou a apelante em honorários advocatícios no importe de 10% do valor executado.

Em suas razões recursais, a União Federal pugna pela reforma da r.sentença para que seja afastada a sua condenação em honorários advocatícios ou a sua redução.

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

Decido.

Analisando as razões expendidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, uma vez que reconheceu a cobrança indevida e requereu a extinção da presente execução, porém, somente após a executada apresentar defesa e juntar cópias de depósitos efetuados comprovando o referido pagamento.

O ajuizamento do executivo compeliu a executada a incorrer em despesas na contratação de advogado, gerando danos ao seu patrimônio, de modo que, pelo princípio da causalidade, justifica-se a condenação da Fazenda Nacional no pagamento dos ônus da sucumbência.

A propósito, transcrevo trecho retirado da obra de Zuudi Sakakihara, em comentário ao art. 26 da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

"Se a Fazenda Pública inscrever em dívida ativa crédito que, mais tarde, reconhece indevido, terá causado prejuízo à outra parte, na medida em que esta tenha sido obrigada a realizar despesas para a sua defesa. Ao desistir da execução, a Fazenda Pública estará obrigada a reembolsá-las, se já tiverem sido pagas, ou pagá-las, se ainda dependerem, de satisfação.

Não importa, portanto, que a desistência resulte do cancelamento da dívida ativa, ou que seja anterior à decisão de primeira instância ou, ainda, que inexistam embargos à execução. Importa, apenas, que a ação da Fazenda Pública trouxe dano ao patrimônio da outra parte, obrigando-a a realizar despesas para restaurar o equilíbrio quebrado pela injusta agressão. Nisso reside a causa da obrigação de reembolso ou pagar as despesas processuais, ou, de prisma diverso, a causa de desoneração da outra parte."

(Vladimir Passos de Freitas Coordenação -. Execução Fiscal Doutrina e Jurisprudência - editora Saraiva, p.433)

Nesse sentido são as decisões proferidas no S.T.J., a exemplo da que trago à colação, *"in verbis"*:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUTADO QUE CONTRATA ADVOGADO PARA SE DEFENDER NO PROCESSO. DESISTENCIA DA EXECUÇÃO PELO FISCO. LIBERAÇÃO DA FAZENDA PUBLICA DO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DA VERBA DE PATROCINIO: NÃO-OCORRENCIA. PRECEDENTES. EMBARGOS REJEITADOS.

I- SE O EXECUTADO FOI OBRIGADO A SE DEFENDER, SEJA POR MEIO DE EMBARGOS DO DEVEDOR, SEJA VIA SIMPLES PETIÇÃO SUBSCRITA POR CAUSIDICO CONTRATADO PARA ESSE FIM, NÃO PODE A FAZENDA PUBLICA INVOCAR EM SEU PROL A REGRA INSERTA NO ART. 26 DA LEI N. 6.830/80, PARA SE VER LIBERADA DO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DA VERBA DE PATROCINIO.

II- PRECEDENTES DAS TURMAS DE DIREITO PUBLICO DO STJ: RESP N. 8.589/SP, RESP N. 7.816/SP E RESP N. 67.308/SP.

III- EMBARGOS DE DIVERGENCIAS REJEITADOS."

(STJ, EREsp n. 80257/SP, Ministro ADHEMAR MACIEL, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento 10/12/1997, DJ 25.02.1998, p. 14)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS. CABIMENTO.

1. A verba honorária é devida pela Fazenda exequente tendo em vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade e da circunstância em que ensejando o incidente processual, o princípio da sucumbência implica suportar o ônus correspondente.

2. A ratio legis do art. 26 da Lei 6830 pressupõe que a própria Fazenda, sponte sua, tenha dado ensejo à extinção da execução, o que não se verifica quando ocorrida exceção de pré-executividade, situação em tudo por tudo assemelhada ao acolhimento dos embargos.

3. Raciocínio isonômico que se amolda à novel disposição de que são devidos honorários na execução e nos embargos à execução (§ 4º do art. 20 - 2ª parte)

4. A novel legislação processual, reconhecendo as naturezas distintas da execução e dos embargos, estes como processo de cognição introduzido no organismo do processo executivo, estabelece que são devidos honorários em execução embargada ou não.

5. Deveras, reflete nítido, do conteúdo do artigo 26 da LEF, que a norma se dirige à hipótese de extinção administrativa do crédito com reflexos no processo, o que não se equipara ao caso em que a Fazenda, reconhecendo a ilegalidade da dívida, desiste da execução.

6. Forçoso reconhecer o cabimento da condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios na hipótese de desistência da execução fiscal após a citação e o oferecimento da exceção de pré-executividade, a qual, mercê de criar contenciosidade incidental na execução, pode perfeitamente figurar como causa imediata e geradora do ato de disponibilidade processual, sendo irrelevante a falta de oferecimento de embargos à execução, porquanto houve a contratação de advogado, que, inclusive, peticionou nos autos.

7. Recurso especial provido."

(STJ, RESP 611253 / BA ; RECURSO ESPECIAL2003/0213905-5 Fonte DJ DATA:14/06/2004 PG:00180 Relator Min. LUIZ FUX (1122) Data da Decisão 25/05/2004 Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA).

Condenação em verba honorária mantida, em atenção ao princípio da causalidade, uma vez que a exequente reconheceu ser indevida a execução, tanto que requereu a sua extinção, só o fazendo, contudo, após a executada apresentar defesa e juntar documento comprovando o pagamento dos débitos em questão, ou seja, após incorrer em despesas na contratação de advogado, com danos ao seu patrimônio. Nesse sentido: STJ, EREsp n. 80257/SP, Ministro ADHEMAR MACIEL, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento 10/12/1997, DJ 25.02.1998, p. 14; RESP 611253/BA, DJ DATA:14/06/2004, PG:00180, Relator Min. LUIZ FUX, Data da Decisão 25/05/2004, PRIMEIRA TURMA).

Outrossim, não há razão para a redução requerida, porquanto, como fixadas, os honorários atendem ao disposto no artigo 20, §4º, do CPC.

Isto posto, nego seguimento à apelação, com base no artigo 557, caput, do CPC.

Int.

Pub.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Lazarano Neto
Desembargador Federal

00137 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025306-73.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025306-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
APELADO : TARTARO E TARTARI LTDA
ADVOGADO : EDELICIO BRAS BUENO CAMARGO
No. ORIG. : 04.00.00044-5 1 Vr JAGUARIUNA/SP
DECISÃO
Visto, etc.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença, que extinguiu a presente execução fiscal, nos termos do artigo 269, IV do C.P.C. Condenou, ainda, a exequente em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, a apelante pugna pela total reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição. Insurge-se, ainda, quanto a condenação em honorários advocatícios.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

O atual comando do art. 557 do Código de Processo Civil, visa dar maior agilidade ao sistema recursal, coibindo excessos de caráter procrastinatório, ao conferir maior eficácia às decisões dos Tribunais Superiores e valorizar a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante. Atendendo, assim, aos anseios de maior celeridade na solução dos conflitos, a respeito dos quais já haja posicionamento reiterado e pacífico dos Tribunais para casos análogos. Analisando as razões expandidas em seu apelo, entendo que seu inconformismo não procede, nos termos que passo a fundamentar.

Tratando-se de débito apurado por meio de declaração do próprio contribuinte, o prazo quinquenal passa a fluir inegavelmente a partir do vencimento de cada parcela da contribuição.

Nesse sentido, é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO - DCTF - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL.

1. *Em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF) e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.*

2. *Nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.*

3. *Recurso especial provido em parte."*

(STJ, REsp 673585/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26.04.2006, DJ 05.06.2006 p. 238)

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. *Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco ajuizar o executivo fiscal, tem início com a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174 do CTN), que ocorre com a entrega da respectiva declaração - DCTF pelo contribuinte, declarando o valor a ser recolhido. Especificamente para aqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados e não pagos, entendeu-se que: [...] Conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 16/9/2009).*

2. *Agravo regimental não provido."*

(AgRg no REsp 1169223/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. *Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário é constituído no momento da declaração realizada pelo próprio contribuinte.*

2. *A constituição formal do crédito elide a exigência da realização de procedimento administrativo. Precedentes.*

3. *Agravo regimental não-provido."*

(STJ, AgRg no Ag 919721/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.04.2008, DJ 24.04.2008 p. 1)

Destarte, vencido o imposto declarado, momento em que passou a ser exigível, passou a correr por óbvio o prazo a que alude o artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional.

Logo, se a parcela do tributo em questão foi declarada pela empresa e venceu-se de 13/10/98 a 11/01/99, e a execução só foi ajuizada em 07/04/2009, é inevitável o reconhecimento da prescrição na espécie.

Por fim, quanto aos honorários, mantenho-os como fixados, porquanto atendem ao disposto no artigo 20 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, nego seguimento à apelação, o que faço com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Publique-se e, após o decurso do prazo legal, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
Lazarano Neto
Desembargador Federal

00138 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000380-70.2010.4.03.6105/SP
2010.61.05.000380-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
APELANTE : BORORO COM/ DE PECAS E ACESSORIOS LTDA
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
No. ORIG. : 00003807020104036105 6 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a ordem, em mandado de segurança objetivando assegurar a dedução das despesas relativas ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL, da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da própria Contribuição Social sobre o Lucro, em face da inconstitucionalidade da vedação contida no artigo 1º da Lei nº 9.316/96, bem como a compensação dos valores recolhidos.

Em suas razões recursais, pugna a impetrante pela reversão total do julgado.

É o sucinto relatório. **Decido.**

A questão comporta julgamento monocrático, nos moldes do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, o agravo retido referente aos presentes autos (2010.03.00.008896-4) não deve ser conhecido, a teor do disposto no § 1º do art. 523 do CPC.

A Lei nº 9.316/96, em seu artigo 1º e parágrafo único, estabeleceu que o valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido, para efeito de determinação do lucro real que serve de base de cálculo para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, nem de sua própria base de cálculo, e que os valores da contribuição social, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Ao meu ver, a vedação de dedução prevista na Lei nº 9.316/96 não importa em qualquer ofensa ao disposto no artigo 43 do Código Tributário Nacional e inciso III do artigo 153 da Constituição Federal, eis que não altera o conceito constitucional de renda e nem tampouco o fato gerador das exações em comento.

De fato, o inciso III do artigo 153 da Constituição Federal arrola a renda e proventos de qualquer natureza como hipótese tributária.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional define genericamente o fato gerador do imposto de renda como a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendida como produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos (inciso I); e de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior (inciso II).

Assim, nada impede que o legislador imponha limites à dedução das verbas relativas ao pagamento de tributos, não havendo qualquer direito à compensação dos valores recolhidos.

A respeito da matéria, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCRO REAL. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. INDEDUTIBILIDADE. ART. 1º DA LEI N. 9.316/1996. LEGALIDADE.

1. O art. 1º da Lei n. 9.316/1996 não ofende o conceito de renda estabelecido no art. 43 do CTN, de forma que o valor referente à CSL não pode ser, na apuração do lucro real, deduzido da base de cálculo do imposto de renda.

2. O Código Tributário Nacional define genericamente a base de cálculo do imposto de renda, competindo à lei ordinária seu detalhamento. Dessa forma, não há empecilho para que o legislador ordinário imponha limites à dedução da verba dispensada no pagamento de tributos, pois a forma de apuração do lucro real ficou a seu encargo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 670.079/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 16.03.2007 p. 336)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA. ART. 1º DA LEI Nº 9.316/96. CONSTITUCIONALIDADE. DEDUÇÃO. LUCRO REAL. SÚMULA 83/STJ.

1. O artigo 1º da Lei nº 9.316/96 não vulnera o conceito de renda estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não autorizando a dedução do valor referente à Contribuição Social Sobre o Lucro-CSSL da base de cálculo da própria contribuição para apuração do lucro real.

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

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 696010/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 27.09.2005, DJ 10.10.2005 p. 326)

Ante o exposto, com base nos precedentes acima transcritos, não conheço do agravo retido e **nego seguimento** à apelação, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

00139 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0000440-77.2010.4.03.6126/SP
2010.61.26.000440-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LAZARANO NETO
PARTE AUTORA : SONIA YARA MINGUES GEROMEL
ADVOGADO : EDERALDO MOTTA e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : FERNANDO NETTO BOITEUX E ELYADIR FERREIRA BORGES
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP
No. ORIG. : 00004407720104036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial de sentença proferida em mandado de segurança, que concedeu a ordem, para afastar o recolhimento do imposto de renda sobre o resgate das contribuições do impetrante ao fundo de previdência privada Previ-GM, no período de 01/01/1989 a 31/12/1995, com atualização monetária em conformidade com a orientação jurisprudencial do RESP 1.012.903/RJ.

É o relatório. **Decido.**

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 557 do CPC.

Desde a criação das instituições de previdência privada pela Lei nº 6.435/77, as contribuições eram deduzidas da base de cálculo do Imposto de Renda, incidindo o tributo quando o contribuinte percebia o benefício complementar, conforme o disposto no Decreto nº 58.400/66 e Decretos-leis nºs 1.642/78 e 2.396/87.

Posteriormente, os fundos de previdência privada fechada foram regulados pela Lei nº 7.713/88, que determinava o recolhimento da contribuição em parcelas deduzidas sobre o salário líquido dos beneficiários, que já haviam sofrido a tributação do imposto de renda na fonte.

Confira-se o disposto no artigo 31 da referida Lei nº 7.713/88:

"Art. 31. Ficam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo ônus não tenha sido do beneficiário:

I- as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada."

Por sua vez, o artigo 6º da Lei nº 7.713/88 isentava do imposto de renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, relativamente ao valor das contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tivessem sido tributados na fonte (inciso VII, "b").

Com o advento da Lei nº 9.250/95, a situação se inverteu, passando a incidir o imposto de renda apenas no momento do resgate das contribuições, por força do disposto no seu artigo 33, que diz: *"Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições"*.

Ressalte-se que a Medida Provisória nº 1.943-52/96, reeditada sob o nº 2.159-70/01, determinou a exclusão das contribuições cujo ônus tenha sido da pessoa física da base de cálculo do imposto de renda, visando evitar a dupla incidência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é indevida a cobrança do imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e sobre a devolução das contribuições recolhidas durante a vigência da Lei nº 7.713/88, consoante se verifica do seguinte acórdão:

TRIBUTÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RATEIO DO PATRIMÔNIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 (ERESP

643691/DF, DJ 20.03.2006; ERESP 662.414/SC, DJ 13.08.2007; ERESP 500.148/SE, DJ 01.10.2007; ERESP 501.163/SC, DJ 07.04.2008).

2. A quantia que couber por rateio a cada participante, superior ao valor das respectivas contribuições, constitui acréscimo patrimonial (CTN, art. 43) e, como tal, atrai a incidência de imposto de renda. Precedentes (AgRg nos ERESP 433.937/AL, Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 19/05/2008; AgRg nos ERESP 530.883/MG, Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16/10/2006).

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (RESP 760.246/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2008)

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que reconheceu a não incidência do imposto de renda sobre o valor correspondente às parcelas de contribuição efetuadas no período de 01.01.1989 a 31.12.1995, cujo ônus tenha sido exclusivamente dos participantes.

Ante o exposto, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **nego seguimento** à remessa oficial, nos termos do *caput* do art. 557 do CPC e Súmula nº 253 do STJ.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

Lazarano Neto

Desembargador Federal

SUBSECRETARIA DA 8ª TURMA

Boletim Nro 2797/2010

00001 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0067269-81.1998.4.03.9999/SP
98.03.067269-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSE RICARDO DE OLIVEIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : NEDYR MAGNONI ZORZELLA

ADVOGADO : NILZE MARIA PINHEIRO ARANHA

REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE BOTUCATU SP

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 95.00.00080-3 3 Vr BOTUCATU/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. PECÚLIO. PAGAMENTO À VIÚVA DO SEGURADO. POSSIBILIDADE. ART. 112 DA LEI 8.213/91.

- O art. 112 da Lei 8.213/91, permite seja pago aos dependentes do segurado que falecer os valores não recebidos em vida por este. Precedentes do C. STJ.

- Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00002 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1207555-50.1997.4.03.6112/SP
1999.03.99.005814-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WALMIR RAMOS MANZOLI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : LAURENTINO PEDRO GONCALVES
ADVOGADO : LUIZ CARLOS MEIX
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 97.12.07555-9 2 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. TERMO INICIAL DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DATA DO PRIMEIRO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO, VISTO QUE, À ÉPOCA, OS REQUISITOS JÁ ESTAVAM PREENCHIDOS.

- Pleiteia o segurado a retroação de concessão do benefício para a data em que efetuou o requerimento do benefício junto à autarquia.
- O recurso do INSS não merece prosperar, visto que, se o Poder Judiciário reconheceu o tempo de serviço, significa que, desde a entrada do requerimento administrativo, o autor possuía direito à concessão do benefício.
- Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **por maioria, negar provimento ao agravo legal**, nos termos do voto da Relatora, com quem votou a Desembargadora Federal Marianina Galante, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para dar provimento à remessa oficial e à apelação do INSS.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00003 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025778-60.1999.4.03.9999/SP
1999.03.99.025778-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MILTON CARLOS BAGLIE
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : GERSONI TEREZINHA ARONI SORMANI e outro
: JOAO LUIZ BEDOLO
ADVOGADO : FRANCISCO ANTONIO ZEM PERALTA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE JAU SP
No. ORIG. : 90.00.00122-1 1 Vr JAU/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS APÓS CF/88. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL (ART. 741, II, § ÚNICO, DO CPC) JULGADO QUE DETERMINOU A INCIDÊNCIA DA INTEGRALIDADE DO REAJUSTE (SÚMULA 260 DO EXTINTO TFR) E O ART. 58 DO ADCT, CONTRARIANDO ENTENDIMENTO DO STF. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA.

- A teor do inciso II, do art. 475 do Código de Processo Civil estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição apenas as sentenças que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, vale dizer, em execução fiscal. A melhor doutrina preleciona que, "quando a execução se funda em título judicial, nem a sentença que indefere liminarmente ou que rejeita os embargos opostos pela Fazenda, nem a que acolhe os embargos opostos contra a Fazenda Pública estão sujeitas ao reexame necessário, pois a norma alude apenas à sentença que acolhe embargos opostos à execução da dívida ativa, ou seja, em execução fiscal." (NERY JÚNIOR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 814). Não deve ser conhecida, pois, a remessa oficial.
- O artigo 741, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.232/05, viabilizou a reapreciação de título judicial, isto é, decisão transitada em julgado, quando fundado em lei ou ato normativo

declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja aplicação ou interpretação sejam incompatíveis com texto constitucional, que assume contornos de inexigibilidade, mediante flexibilização da coisa julgada.

- A aplicação do índice integral no primeiro reajuste (Súmula 260 do extinto TFR) a benefícios concedidos após a promulgação da CF/88 desatende orientação ministrada no STF. Precedentes.

- Julgado que determinou a aplicação do art. 58 do ADCT em interpretação desconforme à Constituição Federal, segundo orientação ministrada pelo STF.

- Fixados os honorários advocatícios, a cargo das partes seguradas, em R\$ 515,00 (quinhentos e quinze reais), atualizados monetariamente (Provimento "COGE" n. 64/05).

- Julgado condenatório reformado, de ofício.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **por unanimidade, não conhecer da remessa oficial e, por maioria, reformar, de ofício, o julgado condenatório e julgar prejudicado o recurso do INSS**, nos termos do voto da Relatora, com quem votou, pelo resultado, a Desembargadora Federal Marianina Galante, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que não o reformava e conhecia do recurso do INSS.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00004 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0061852-79.2000.4.03.9999/SP
2000.03.99.061852-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : WILSON JOSE GERMIN

: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : OS MESMOS

INTERESSADO : ROMILDA FALDA DE ALMEIDA

ADVOGADO : FRANCISCO ANTONIO ZEM PERALTA

No. ORIG. : 99.00.00107-7 1 Vr PEDERNEIRAS/SP

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CUJO RESULTADO FOI INTERPOSTO RECURSO. DURANTE O TRÂMITE ADMINISTRATIVO NÃO HÁ CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES.

- O benefício foi indeferido pelo INSS, havendo interposição de recurso administrativo. Durante o trâmite do processo administrativo não há contagem de lapso prescricional.

- Somados os interregnos entre a morte e o protocolo de pedido de benefício e entre a decisão final administrativa e o ajuizamento da ação, obtém-se 04 (quatro) anos e 03 (três) dias, que, portanto, tempo que não ultrapassa o quinquênio prescricional.

- Não há prescrição das diferenças pleiteadas nesta ação.

- Há equívoco de interpretação da normatização que rege a espécie, motivo pelo qual é viável emprestar ao recurso, excepcionalmente, caráter infringente.

- Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **dar provimento aos embargos de declaração**, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00005 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010990-15.2002.4.03.6126/SP
2002.61.26.010990-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : LAZARA ADELAIDE GARCIA BURATO e outros
: ANGELO LUIZ BURATO
: ROSEMEIRE SIQUEIRA BURATO
: ELAINE BURATO DE LUZIA
ADVOGADO : AIRTON GUIDOLIN
SUCEDIDO : FAUSTINO BURATO falecido
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DELFINO MORETTI FILHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EQUIVALÊNCIA DO SALÁRIO MÍNIMO.

- A aplicação do artigo 58 do ADCT foi devida para os benefícios em manutenção antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 apenas até a regulamentação dos Planos de Custeio e Benefício, o que ocorreu no caso presente.
- A manutenção da improcedência do pleito é medida que se impõe, pois não há que se falar em continuidade da referida equivalência como requer a parte autora.
- Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00006 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0020296-92.2003.4.03.9999/SP
2003.03.99.020296-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : ARTUR CEZARIO DE SOUZA FILHO
ADVOGADO : SERGIO GARCIA MARQUESINI
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIA GRACIELA TITO CAMACHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SAO CAETANO DO SUL SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00030-1 2 Vr SAO CAETANO DO SUL/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL. NECESSIDADE DE PROVA ORAL PARA CORROBORAR O INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

- Verifica-se que não se trouxe aos autos o conjunto probatório suficiente para análise do feito, razão pela qual se faz necessária a complementação da instrução probatória, por meio da realização da prova oral.
- A alegação de que não é cabível o julgamento monocrático no caso presente, resta superada, frente à apresentação do recurso em mesa para julgamento colegiado.
- Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00007 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006169-12.2003.4.03.6100/SP
2003.61.00.006169-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
EMBARGANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : JULIANA MARIA BARBOSA ESPER PICCINNO
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : HILDA MARIA SALOME PEREIRA
ADVOGADO : EDERSON RICARDO TEIXEIRA e outro
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA CONSOANTE A LEI DA ÉPOCA DA LABUTA. NULIDADE PROCESSUAL A PARTIR DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA (ART. 17, LEI 10.910/04). AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE RAZÕES RECURSAIS. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

- O art. 17 da Lei 10.910/04 prescreve que os ocupantes de cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil, nos processos em que atuam em razão das atribuições de seus cargos, devem ser intimados e notificados pessoalmente.

- *In casu*, ausente a providência quanto ao INSS, foi decretada a nulidade processual, donde não se havia (nem se há) falar em análise de qualquer acontecimento posterior à mencionada decretação, incluindo razões de eventual recurso interposto do *decisum*. Omissão não configurada.

- Mesmo na hipótese de declaratórios para fins de prequestionamento, faz-se preciso atentar para os preceitos do art. 535 do Código de Processo Civil.

- Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00008 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001553-97.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.001553-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : RISVALDO PISCO
ADVOGADO : SONIA LOPES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIO LUCIO MARCHIONI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00129-4 2 Vr MONTE ALTO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00009 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021770-64.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.021770-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : IVANIR AMADOR SANTANA
ADVOGADO : MARCOS JOSE RODRIGUES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARGARETE DE CASSIA LOPES GOMES DE CARVALHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00020-4 1 Vr DRACENA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

O recurso foi interposto contra decisão monocrática proferida nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal: admitido o agravo regimental como se de agravo legal se tratasse, uma vez que não configurada hipótese de erro grosseiro nem de má-fé.

- Não se trouxe aos autos conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto ao labor campesino no período alegado.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00010 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021775-86.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.021775-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : DECIO ALVES DA FONSECA
ADVOGADO : EGNALDO LAZARO DE MORAES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS ANTONIO GALAZZI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 03.00.00073-1 1 Vr SOCORRO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.

- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00011 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0031585-85.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.031585-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CLAUDIO RENE D AFFLITTO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : JOSE CARLOS PACHECO

ADVOGADO : GRACIA FERNANDES DOS SANTOS DE ALMEIDA

REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE JARDINOPOLIS SP

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 02.00.00157-1 1 Vr JARDINOPOLIS/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.

- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00012 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038283-10.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.038283-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CARLOS ANTONIO DIAS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : JOSE GUIDA DA SILVA FILHO
ADVOGADO : JOSE APARECIDO DE OLIVEIRA
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 03.00.00002-6 1 Vr JARINU/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

- Não se trouxe aos autos conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto ao labor campesino no período alegado.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00013 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001699-07.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.001699-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RODRIGO DE CARVALHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : DAMIAO BEZERRA DA SILVA
ADVOGADO : JOSE APARECIDO DE OLIVEIRA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 5 VARA DE JUNDIAI SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00164-4 5 Vr JUNDIAI/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00014 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002369-45.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.002369-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RODRIGO DE CARVALHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ANTONIO ALVES DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSE APARECIDO DE OLIVEIRA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 5 VARA DE JUNDIAI SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00283-8 5 Vr JUNDIAI/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00015 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013760-94.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.013760-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ARMELINDO ORLATO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JOAO RICARDO DOS SANTOS
ADVOGADO : JOSE APARECIDO DE OLIVEIRA
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00054-0 3 Vr JUNDIAI/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00016 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016093-19.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.016093-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CLAUDIO RENE D AFFLITTO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ALTAIR ALBINO FERREIRA
ADVOGADO : DAZIO VASCONCELOS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 01.00.00150-1 1 Vr JARDINOPOLIS/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto ao reconhecimento do período de labor rural.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00017 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026471-34.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.026471-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : APARECIDA BOASSAN CATANELLI
ADVOGADO : JOSE BRUN JUNIOR
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOPES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 03.00.00091-5 2 Vr PIRAJU/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00018 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032696-70.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.032696-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : JOAO GONCALVES NETO

ADVOGADO : PETERSON PADOVANI
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOEL GIAROLA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 03.00.00165-2 1 Vr FRANCO DA ROCHA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

- Não se trouxe aos autos conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto ao labor campesino no período alegado.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00019 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034326-64.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.034326-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOEL GIAROLA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JOSE AVELINO DOS SANTOS
ADVOGADO : PETERSON PADOVANI
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00245-4 1 Vr FRANCISCO MORATO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00020 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0036421-67.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.036421-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOEL GIAROLA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JOSE PEREIRA DA COSTA
ADVOGADO : PETERSON PADOVANI
REMETENTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE FRANCISCO MORATO SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00235-3 1 Vr FRANCISCO MORATO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. HABILITAÇÃO DE HERDEIROS A SER REALIZADA NO JUÍZO DE ORIGEM. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

- Para que não haja prejuízo às partes, com esteio no artigo 296 do Regimento Interno deste Tribunal, a habilitação de herdeiros poderá ser providenciada no Juízo de origem.
- Não se trouxe aos autos conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto ao labor campesino no período alegado.
- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00021 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0052720-22.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.052720-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOEL GIAROLA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : POLICARPO DA SILVA
ADVOGADO : PETERSON PADOVANI
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 02.00.00155-2 1 Vr FRANCO DA ROCHA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.
Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00022 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0053149-86.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.053149-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : NILDA GLORIA BASSETTO TREVISAN
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : EURIPEDES DE ARAUJO
ADVOGADO : FERNANDO VALDRIGHI
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE AMERICANA SP
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 03.00.00275-4 1 Vr AMERICANA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

Não se trouxe aos autos conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto ao labor campesino no período alegado.

Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00023 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0051069-47.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.051069-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : JOAO FERNANDES RAMOS
ADVOGADO : GLEIZER MANZATTI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SANCHES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 07.00.00160-0 2 Vr GUARARAPES/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO EM ATIVIDADE RURAL.

- Não se trouxe aos autos o conjunto probatório necessário para justificar o direito pleiteado quanto à totalidade do período requerido.

- Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento ao agravo legal**, nos termos do relatório e voto da Sra. Desembargadora Federal Relatora, constantes dos autos e na conformidade da ata de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025768-30.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025768-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GERALDO FERNANDO TEIXEIRA COSTA DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : CLARICE GONCALVES PAREDERO BARON
ADVOGADO : SILVIA WIZIACK SUEDAN
No. ORIG. : 09.00.00005-2 2 Vr OLIMPIA/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MODIFICADO O TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA.

- Não houve insurgência com relação ao mérito *causae*.
- O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da cessação do auxílio-doença, pois as lesões atuais são as mesmas que ensejaram sua concessão pela autarquia-ré.
- Quanto aos juros de mora, o artigo 1.062 do Código Civil de 1.916 mandava aplicá-los à base de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde que não convencionado de modo diverso. Nos débitos da União e respectivas autarquias, bem como nos previdenciários, incidiam na forma do estatuto civil (art. 1º da Lei nº 4.414/64). O artigo 406 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02, em vigor a partir de 11.01.03), alterou tal sistemática e preceituou que devem ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor, relativamente à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. O art. 161, § 1º, do CTN reza que, se lei não dispuser de modo diverso, o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. Assim, a taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários, e é, atualmente, de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma englobada até a citação e, após, de forma decrescente.
- Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **dar parcial provimento à apelação autárquica**, sendo que a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026405-78.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.026405-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SERGIO COELHO REBOUCAS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : NEUSA APARECIDA LOURENCIN TINETE
ADVOGADO : JOSE FRANCISCO PERRONE COSTA
No. ORIG. : 09.00.00017-7 2 Vr ADAMANTINA/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANTIDO O TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

- Não houve insurgência com relação ao mérito *causae*.
- Termo inicial da aposentadoria mantido na data do requerimento administrativo, pois, desde referida data a parte autora já sofria das doenças incapacitantes, motivo pelo qual o indeferimento do benefício pela autarquia foi indevido.
- Apelação do INSS improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento à apelação autárquica**, sendo que a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028873-15.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028873-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : JOSE PEDRO DOS SANTOS

ADVOGADO : WATSON ROBERTO FERREIRA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FABIO EDUARDO NEGRINI FERRO
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00057-1 3 Vr ITU/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

- Também é garantido o auxílio-doença ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (art. 25, 26 e 59, lei cit.).

- Ausência de incapacidade laborativa.

- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029648-30.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.029648-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : CARLOS ROBERTO MATIAS

ADVOGADO : RODRIGO TREVIZANO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DINARTH FOGACA DE ALMEIDA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00294-9 2 Vr TATUI/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA MÉDICA INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- A parte autora não apresentou nenhum fato ou fundamento que justificasse a realização de nova perícia médica, visto que em nenhum momento indicou contradições, omissões ou eventual falha no trabalho do *expert*. Cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, inclusive, no que diz respeito à realização de nova perícia. Trata-se, portanto, de

faculdade do juiz em determinar a realização de outras provas, diante da análise da suficiência da prova pericial já produzida nos autos (artigos 130 e 437 do CPC).

- A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

- Também é garantido o auxílio-doença ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (art. 25, 26 e 59, lei cit.).

- Ausência de incapacidade laborativa.

- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029652-67.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.029652-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : APARECIDA PEREIRA DA SILVA BARISSA

ADVOGADO : DIEGO GONÇALVES DE ABREU

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00001-5 1 Vr CRAVINHOS/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. INCAPACIDADE LABORATIVA E HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADAS. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- Não comprovação dos requisitos necessários à obtenção do benefício.

- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky

Desembargadora Federal

00029 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029689-94.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.029689-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

APELANTE : MENEZIO PIRES DOS SANTOS

ADVOGADO : VANDERLEI DIVINO IAMAMOTO

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : SILVIO JOSE RODRIGUES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : OS MESMOS

No. ORIG. : 08.00.00042-9 1 Vr SANTA ADELIA/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. REFORMA DA SENTENÇA PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADO E CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. INCAPACIDADE. APELAÇÃO AUTÁRQUICA IMPROVIDA. PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA.

- Presentes os requisitos de carência e qualidade de segurada, razão porque se impõe a concessão de aposentadoria por invalidez (art. 42 da Lei 8.213/91).
- Incapacidade laborativa reconhecida como total e permanente.
- Despesas processuais devidas.
- Improvimento da apelação autárquica. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **negar provimento à apelação autárquica e dar provimento à apelação da parte autora**, sendo que a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029724-54.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.029724-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARCELO GARCIA VIEIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : LUIS FERNANDO DA CRUZ
ADVOGADO : CRISTIANE TONETTI VENEZIAN RODRIGUES
No. ORIG. : 08.00.00135-3 2 Vr SAO JOSE DO RIO PARDO/SP
EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA.

- Comprovação da incapacidade laborativa da parte autora.
- Caracterização do estado de necessidade indispensável à concessão da benesse, nos termos do critério fixado pelo parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS.
- A parte autora tem direito ao amparo assistencial, desde a data da citação.
- Honorários advocatícios estabelecidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ, atualizadas monetariamente.
- Incabível a incidência de juros moratórios após a data dos calculados definitivos.
- Apelação autárquica parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, **conhecer parcialmente da apelação autárquica e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento**, sendo que a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann o fazia em maior extensão, para determinar que os juros de mora incidam, a partir de 30/06/2009, na forma da Lei nº 11.960/09, acompanhando, no mais, o voto da Relatora.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030153-21.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.030153-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : MARIA ZILDA DE LIRA

ADVOGADO : CAROLINE AZEVEDO MOURA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDO ONO MARTINS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00068-4 2 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- A parte autora não apresentou nenhum fato ou fundamento que justificasse a realização de nova perícia, visto que em nenhum momento indicou contradições, omissões ou eventual falha no trabalho do *expert*. Cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, inclusive, no que diz respeito à realização de nova perícia. Trata-se, portanto, de faculdade do juiz em determinar a realização de outras provas, diante da análise da suficiência da prova pericial já produzida nos autos (artigos 130 e 437 do CPC).

- A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

- Também é garantido o auxílio-doença ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (art. 25, 26 e 59, lei cit.).

- Ausência de incapacidade laborativa.

- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030645-13.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.030645-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY
APELANTE : ROSA SIPRINA DOS SANTOS (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : TANIA MARISTELA MUNHOZ
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RODRIGO DE AMORIM DOREA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00077-5 1 Vr ITARARE/SP

EMENTA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

- Também é garantido o auxílio-doença ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual, por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (art. 25, 26 e 59, lei cit.).

- Ausência de incapacidade laborativa.

- Apelação da parte autora improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Vera Jucovsky
Desembargadora Federal

Boletim Nro 2806/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001129-55.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.001129-2/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann
APELANTE : MARIO PIRES
ADVOGADO : EDVALDO LUIZ FRANCISCO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SUZETE MARTA SANTIAGO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 01.00.00115-1 3 Vr TATUI/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DECRETOS N.º 83.080/79 E N.º 89.312/84. DEPENDENTES DA SEGURADA. MARIDO INVÁLIDO. NÃO COMPROVAÇÃO.

I- Sendo o fato gerador da pensão por morte o óbito do segurado, deve ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência, à luz do princípio *tempus regit actum*.

II- No período anterior ao advento da Lei nº 8.213/91 não havia previsão legal que contemplasse o marido não inválido como dependente previdenciário.

III- O art. 195, § 5º, da atual Constituição Federal dispõe que "*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a respectiva fonte de custeio*", motivo pelo qual deve ser julgado improcedente o pedido de pensão por morte.

IV- Considerando a orientação jurisprudencial da E. Terceira Seção desta Corte, o beneficiário da assistência judiciária gratuita não deve ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

V- Apelação do INSS provida. Recurso do autor prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação do INSS e julgar prejudicado o recurso do autor, nos termos do voto do Desembargador Federal Newton De Lucca, que fica fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a Relatora, que lhes dava parcial provimento.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.
Newton De Lucca
Relator para Acórdão

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000102-37.2004.4.03.6119/SP
2004.61.19.000102-7/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALEXANDRE AZEVEDO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : LUIZ DE FRANCA BARBOSA DE AVILA
ADVOGADO : LEOPOLDINA DE LURDES X DE MEDEIROS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE GUARULHOS > 19 SSP > SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DECRETOS N.º 83.080/79 E N.º 89.312/84. DEPENDENTES DA SEGURADA. MARIDO INVÁLIDO. NÃO COMPROVAÇÃO.

I- Sendo o fato gerador da pensão por morte o óbito do segurado, deve ser aplicada a lei vigente à época de sua ocorrência, à luz do princípio *tempus regit actum*.

II- No período anterior ao advento da Lei n.º 8.213/91 não havia previsão legal que contemplasse o marido não inválido como dependente previdenciário.

III- O art. 195, § 5º, da atual Constituição Federal dispõe que "*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a respectiva fonte de custeio*", motivo pelo qual deve ser julgado improcedente o pedido de pensão por morte.

IV- Considerando a orientação jurisprudencial da E. Terceira Seção desta Corte, o beneficiário da assistência judiciária gratuita não deve ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

V- Apelação do INSS e Remessa Oficial providas. Tutela específica não concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e não conceder a tutela específica, nos termos do voto do Desembargador Federal Newton De Lucca, que fica fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a Relatora, que negava provimento à apelação do INSS, dava parcial provimento à remessa oficial e, de ofício, concedia a tutela específica.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

Newton De Lucca

Relator para Acórdão

Boletim Nro 2807/2010

00001 AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0027519-62.1999.4.03.0000/SP
1999.03.00.027519-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VLADIMILSON BENTO DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : EUCLYDES NORI
ADVOGADO : PAULO ROBERTO LAURIS
PARTE AUTORA : ALCIDES FRANCISCO JAFRONI e outros
: ANGELO MASCARI
: ALICE ALVES DE OLIVEIRA
: ANNA MARIA SERRA VO
: ANTONIO GUANDALINI
: ANTONIO JOAO GUIDO
: CANDIDO GRANUSSI
: CARLOS LODDI
: CLEMENTE PEREIRA VASQUES
: CLOVIS DOMINGOS ARAVECHIA
: DURVAL RODRIGUES ALVES
: ELIAS PICCOLO
: EMILIO ZENDRAO
: EUCLYDES HYPOLITO MARTELLI
: GUERINO MOI
: GUIOMAR SEMEGHINI DINARDI
: IVO COMINATTO

: JOAO BERALDI
: JOAO DE LUCCA
: JOAO ROSSETTI
: JOSE BENTO UNGER
: JOSE DA CRUZ
: JOSEPHINA RODEGUERO LODDI
: LAERCIO VICENTINI
: LUIZ BIELLA
: LUIZ PEDRO MANGINELLI
: MARIA ROZARIA DA CRUZ BANDINI
: NELSON JULIANI
: ODARIO BIELLA
: ONEIDE MARIA MAESTER BARION
: PASCHOAL ANTONIO GRANUCCI
: PAULINA FRANCISCA BEDINI
: PEDRO ANGELO GRANUCCI
: SEVERINO PIANCATELLI
: VALENTIM MAURO
: VALENTIM SERAVO
: VALENTIM TELLES FENILE

ADVOGADO : ENILDA LOCATO ROCHEL
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ITAPOLIS SP
No. ORIG. : 89.00.00104-9 1 Vr ITAPOLIS/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. DIFERENÇAS DECORRENTES DA SÚMULA 260 DO TFR. DESCONTO DE VALORES PAGOS EM OUTRA DEMANDA. SUSPENSÃO DE OFÍCIO PRECATÓRIO.

- Pedido de revisão de benefício previdenciário com base na Súmula 260 do TFR concedido em dois feitos distintos e gerando a expedição de dois ofícios precatórios ao mesmo credor.
- Necessidade de apreciação, pelo juízo monocrático, do pedido do INSS de desconto dos valores pagos, matéria que não preclui, mais ainda com o fim de evitar o enriquecimento sem causa com o duplo recebimento.
- Alegações de modificação da coisa julgada e necessidade de perícia contábil afastadas.
- Suspensão do Precatório nº 1999.03.00.002013-2.
- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Votaram os Desembargadores Federais Newton De Lucca e Vera Jucovsky.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056938-06.1999.4.03.9999/SP
1999.03.99.056938-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAQUEL CARRARA MIRANDA DE ALMEIDA PRADO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JOAO SCUDILIO
ADVOGADO : MAYRA BEATRIZ ROSSI BIANCO

No. ORIG. : 93.00.00044-1 1 Vr BARIRI/SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CITAÇÃO. DESNECESSIDADE. CRITÉRIOS DA COISA JULGADA. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- Tratando-se de pedido de expedição de precatório complementar, incabível a citação do INSS nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil como se de nova execução se tratasse. Basta a discordância dos autores/apelados com a quantia que foi depositada, ficando a cargo do juízo o desenvolvimento do processo daí em diante, por impulso oficial (artigo 262 do Código de Processo Civil), cuidando-se meramente de prosseguimento na execução.
- Nova citação, além de impossível em razão da preclusão consumativa (o executado já foi citado) e da lógica (o processo está em fase bem adiantada), acarretaria litispendência. Assim, a impossibilidade de oposição de novos embargos pelo INSS torna inaplicável o prazo do aludido artigo 730.
- O INSS rediscute aos critérios da coisa julgada, o que é vedado em sede de execução complementar.
- Ainda que o título executivo tenha violado literal disposição de lei, sua desconstituição só é possível em sede de ação rescisória, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, se ajuizada tempestivamente, dada a incidência da *res judicata*.
- Passada em julgado, a sentença de mérito, título judicial por excelência, traça os limites do processo executório, devendo ser respeitada e executada sem ampliação ou restrição do que nela estiver disposto.
- Assim sendo, deve-se cumprir cabalmente o comando contido no título judicial transitado em julgado, mormente em fase de execução complementar, sob pena de relativização da coisa julgada.
- Apelação do INSS a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00003 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0015928-39.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.015928-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LIZANDRA LEITE BARBOSA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : HUMBERTO LUCHINI
ADVOGADO : ELAINE APARECIDA AQUINO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. INOVAÇÃO QUANTO AO OBJETO DA CAUSA.

- Impossibilidade de inovação quanto ao objeto da causa. Inteligência do artigo 264, do Código de Processo Civil.
- O acórdão embargado adotou posicionamento claramente explicitado e fundamentado a respeito, nos termos do pedido, não havendo como embasar o acolhimento dos embargos.
- Embargos de declaração a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00004 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0000808-44.1999.4.03.6103/SP
1999.61.03.000808-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
PARTE AUTORA : IRANI BERNARDINA COELHO PEREIRA
ADVOGADO : RENATO HIROSHI DE OLIVEIRA KAWASHIMA
: EVERALDO FELIPE SERRA
SUCEDIDO : ALOISIO PEREIRA falecido
ADVOGADO : RENATO HIROSHI DE OLIVEIRA KAWASHIMA
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HILTON PLACIDO DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. SOLDADOR. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. REQUISITOS CUMPRIDOS.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98.
- Natureza especial comprovada por meio de formulários que atestam que o autor ficava exposto, de modo habitual e permanente, aos agentes nocivos decorrentes da atividade de soldador.
- Enquadramento de parte dos períodos pleiteados, no termos do Decreto nº 53.831/64, sob o código 2.5.3, e no Decreto nº 83.080/79, anexo II, item 2.5.1., visto que comprovada a insalubridade decorrente da exposição aos agentes nocivos inerentes à profissão desenvolvida.
- Somados os períodos, no termos do pedido, tem-se a comprovação do labor por 32 anos e 23 dias, suficientes para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço.
- Termo inicial fixado na data do requerimento administrativo (17.02.1998).
- Correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, no termos preconizados na Resolução 561/2007- CGJF.
- Juros de mora devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, no termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados no termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir desta data, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, no termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.
- Sendo a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita e figurando no pólo passivo autarquia federal, não há incidência de custas processuais.
- Embora devidas despesas processuais, a teor do artigo 11 da Lei nº 1.060/50 e 27 do Código de Processo Civil, não ocorreu o efetivo desembolso.
- Remessa oficial a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00005 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005062-57.1999.4.03.6104/SP
1999.61.04.005062-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : JOSE ELY MIRANDA
ADVOGADO : LAURINDO VAZ
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOSE EDUARDO RIBEIRO JUNIOR
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE SANTOS Sec Jud SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE JOGADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL. DECRETO Nº 77.210/76.

- A certidão expedida pela Confederação Brasileira de Futebol, datada de 24.06.1996, comprova que o autor exerceu, no período de 02.04.1950 a 03.08.1968, a atividade de jogador profissional de futebol, bem como indica os valores dos salários, documento suficiente para reconhecer o direito à aplicação das regras da Lei nº 5.939/73, porquanto, à época da concessão do benefício, permanecia vigente.

- O termo inicial da revisão deve retroagir à data do requerimento administrativo formulado em 30.10.1997, oportunidade em que a entidade autárquica tomou conhecimento da pretensão.

- Correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da legislação previdenciária, bem como da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal.

- Juros de mora devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir desta data, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

- Honorários advocatícios mantidos no patamar fixado pelo juízo a quo, devendo incidir, todavia, somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

- Apelação de fls. 56-57 não conhecida, apelação de fls. 53-55 improvida, recurso adesivo e reexame necessário providos, para explicitar o termo inicial da revisão e os critérios de correção monetária e juros de mora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da apelação de fls. 56-57, negar provimento à apelação de fls. 53-55 e dar provimento ao recurso adesivo e à remessa oficial, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005181-09.1999.4.03.6107/SP
1999.61.07.005181-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : MANOEL CARDOSO DOS SANTOS
ADVOGADO : REGINA SCHLEIFER PEREIRA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAFAEL SERGIO LIMA DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A RUÍDO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98.
- Adicionando-se os períodos reconhecidos na demanda, perfaz-se um total de 28 anos, 01 mês e 17 dias, insuficientes para a concessão do benefício vindicado.
- Dada a sucumbência recíproca, cada parte pagará os honorários advocatícios de seus respectivos patronos e dividirá as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida ao autor e a isenção de que é beneficiário o réu.
- Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00007 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006728-84.1999.4.03.6107/SP
1999.61.07.006728-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
 APELANTE : NILSON DE SOUZA GUIMARAES
 ADVOGADO : EDUARDO FABIAN CANOLA
 APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
 ADVOGADO : ROBERIO BANDEIRA SANTOS
 : HERMES ARRAIS ALENCAR
 APELADO : OS MESMOS
 REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARACATUBA SecJud SP

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. TRABALHADOR DA VIA PERMANENTE. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS.

- O artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, exige início de prova material para a comprovação de tempo de serviço, para fins previdenciários, sendo insuficiente a produção de prova testemunhal, inválida à comprovação do tempo de serviço almejado.
- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.

- Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98.
- Atividade especial de trabalhador da via permanente comprovada por meio de formulário e laudo técnico que atestam a exposição do autor às condições prejudiciais à saúde, além do enquadramento nos termos dos Decretos nos 53.381/64, anexo I, item 2.4.3 e Decreto 83.080/79, anexo II, item 2.4.1.
- Comprovação do labor por 31 anos, 11 meses e 14 dias, cabendo-lhe a aposentadoria proporcional por tempo de serviço.
- Termo inicial fixado na data do requerimento administrativo (29.09.1999).
- Correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, nos termos preconizados na Resolução 561/2007- CGJF.
- Juros de mora devidos à razão de meio por cento ao mês, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil, até a data da entrada em vigor do novo Código Civil (11.01.2003 - Lei nº 10.406/02), sendo que, a partir de então, serão computados à razão de um por cento ao mês, nos termos do artigo 406 do novo Código Civil, conjugado com o artigo 161 do CTN.
- Sendo a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita e figurando no pólo passivo autarquia federal, não há incidência de custas processuais.
- Remessa oficial e apelações das partes às quais se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00008 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001772-22.1999.4.03.6108/SP
1999.61.08.001772-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
 APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
 ADVOGADO : GILSON RODRIGUES DE LIMA
 : HERMES ARRAIS ALENCAR
 APELANTE : LAERCIO ABILIO
 ADVOGADO : JULIANA MARIA PINHEIRO e outro
 APELADO : OS MESMOS
 REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE BAURU Sec Jud SP

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. FRENTISTA. VIGIA. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98.
- Natureza especial comprovada por meio de formulários que atestam que o autor ficava exposto, de modo habitual e permanente, aos agentes nocivos decorrentes da atividade de frentista e vigia. Previsão nos Decretos 53.831/64, códigos 1.2.11 e 2.5.7.
- Fixada a sucumbência recíproca.

- Remessa oficial e apelação do INSS a que se nega provimento. Apelação do autor a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003256-45.1999.4.03.6117/SP
1999.61.17.003256-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : APARECIDO VENANCIO
ADVOGADO : CLOVIS ROBERLEI BOTTURA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ADOLFO FERACIN JUNIOR e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. EXPOSIÇÃO A RUÍDO. ATIVIDADE RURAL EM AGROINDÚSTRIA/AGROPECUÁRIA. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98.
- A atividade de guarda está prevista no código 2.5.7 do anexo do Decreto 53.831/64, não havendo menção de que o responsável pela vigilância deve desempenhar sua atividade portando arma de fogo.
- O gênero "trabalhador rural" era expressamente excluído do regime geral de previdência. A categoria profissional agasalhada pelo aludido decreto restringia-se à dos trabalhadores que, mesmo exercendo atividades tipicamente rurais, estavam vinculados ao regime urbano, como os empregados de empresa agroindustrial ou agro-comercial.
- Os beneficiários do PRORURAL e do Plano Básico somente tinham direito à aposentadoria por velhice ou por invalidez, reservando-se a aposentadoria por tempo de serviço aos segurados do regime geral da previdência social.
- O benefício somente era devido aos empregados de agroindústria que foram incluídos no regime geral, por ato do Ministério do Trabalho, ou por iniciativa da própria empresa, ainda que as contribuições respectivas não tenham sido vertidas regularmente, pois, afinal, se eram devidas, a cargo do empregador, e não foram recolhidas, não cabe impor prejuízo ao empregado.
- A despeito do artigo 6º, parágrafo 4º, do Decreto nº 89.312/84, que assegura proteção do regime urbano ao empregado de empresa agroindustrial ou agro-comercial que presta serviço de natureza exclusivamente rural, somente se efetuadas contribuições a partir de 25.11.1971, é de se reconhecer o mesmo direito àqueles que, vinculados legalmente ao regime urbano, não computaram contribuições, por inércia de seus empregadores.
- A conclusão somente se aplica àquelas categorias oficialmente incluídas no regime urbano, às quais se estenderão, por via de consequência, as normas pertinentes à aposentadoria especial, reconhecendo-lhes a natureza insalubre, penosa ou perigosa, segundo enquadramento nos anexos aos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79.
- A atividade de trabalhador rural, por si só, não enseja seu reconhecimento como especial, sendo necessária, para tanto, a comprovação do desempenho de atividade laboral relacionada à agropecuária ou da efetiva exposição a agentes nocivos, nos moldes da legislação vigente na época da prestação do serviço. Condições que se verificam.

- Somados os períodos de atividade especiais, aos demais períodos de tempo comum, conforme cópia da CTPS e resumo de cálculo de tempo de serviço, acostados aos autos, há comprovação do labor por apenas 24 anos, 01 mês e 16 dias, insuficientes para a concessão do benefício vindicado.
- Dada a sucumbência recíproca (artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil), cada parte terá o ônus de pagar os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, bem assim dividir as custas processuais, respeitada a gratuidade conferida ao autor e a isenção de que é beneficiário o réu.
- Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1601171-60.1998.4.03.6115/SP
2000.03.99.013571-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : ALVARO ALBERICI

ADVOGADO : ANTONIO CARLOS LOPES e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARLI PEDROSO DE SOUZA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 98.16.01171-9 1 Vr SAO CARLOS/SP

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL PARA MAJORAÇÃO DA RMI. RUIDO. IMPROCEDÊNCIA.

- Aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95 bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98.
- Conjunto probatório inconsistente. Impossibilidade de reconhecimento do caráter especial do trabalho desenvolvido pelo autor na empresa "Indústria de Componentes Plásticos Incoplas Ltda."
- Prova técnica não suprida pela testemunhal.
- Apelação à qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00011 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0709472-48.1998.4.03.6106/SP
2000.03.99.037236-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e outro
ADVOGADO : MOISES RICARDO CAMARGO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELANTE : ANNA DA SILVA OLIVEIRA
ADVOGADO : ALCIDES LOURENCO VIOLIN e outro
APELADO : NADIR BRANDT
ADVOGADO : MANOEL DA SILVA NEVES FILHO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 98.07.09472-0 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI N. 8213/91. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL DA UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA REFORMADA.

- Para se obter a implementação do benefício de pensão por morte, mister o preenchimento de dois requisitos: dependência econômica e a qualidade de segurado do falecido. Dispensada está, portanto, a demonstração do período de carência, consoante regra expressa no artigo 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
- Diante da insuficiência do conjunto probatório, a comprovar a alegada união estável, impossível reputar à autora a condição de companheira do falecido.
- Assim, à vista da ausência de prova da união estável entre a autora e o *de cuius*, a denegação do benefício é de rigor, sendo desnecessário perquirir-se acerca da qualidade de segurado do falecido.
- Beneficiária da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação da autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte.
- Apelações e remessa oficial providas para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037697-12.2000.4.03.9999/SP
2000.03.99.037697-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FRANCISCO XAVIER MACHADO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : LENI VIEIRA LOPES e outros
: IONE VIEIRA LOPES FERNANDES
: IVANI VIEIRA LOPES DE OLIVEIRA
: IEDA VIEIRA LOPES
ADVOGADO : ELIANA RENATA MANTOVANI NASCIMENTO
SUCEDIDO : OLIMPIO VIEIRA HONORATO falecido
No. ORIG. : 91.00.00127-9 2 Vr DIADEMA/SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO. ÓBITO DO AUTOR. PAGAMENTO A MAIOR AOS HERDEIROS. DEVOLUÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 115, INCISO II, DA LEI Nº 8.213/91.

- Após o óbito do *de cujus*, a habilitação dos herdeiros é medida de rigor. Nos termos do artigo 265, inciso I, do Código de Processo, a morte de uma das partes é causa de suspensão do processo.
- No caso concreto, a habilitação, embora posterior, foi aceita por ambas as partes e homologada pelo juízo, descabendo a invocação de nulidade processual.
- A posterior habilitação, sem impugnação, sanou eventuais vícios que pudessem dar causa à nulidade aventada.
- Embora o INSS não tenha oposto embargos à execução, porquanto, desconhecendo que o autor havia falecido em 1995, concordou com o valor pleiteado em março/97, o fato é que houve pagamento a maior e as sucessoras do autor receberam mais do que o devido.
- Ainda quando expressado, em um primeiro momento, concordância em relação às contas apresentadas, não se inviabiliza a pretensão de invalidar os cálculos que, por óbvio, tornam o título absolutamente ilegítimo.
- A correção de erro de cálculo não esbarra em alegação de preclusão, nem em eventual trânsito em julgado. Sua retificação se admite a qualquer tempo, inclusive de ofício, sem que se coloque em risco a autoridade da coisa julgada.
- Possível a devolução dos valores indevidamente pagos, considerando-se o disposto no artigo 115, inciso II, da Lei nº 8.213/91.
- A própria parte autora manifestou concordância com a compensação, caso se decidisse pela legalidade da restituição dos valores pagos a maior. Assim, desnecessário que o INSS pleiteie, em ação própria, os valores levantados indevidamente.
- Apelação do INSS a que se dá provimento para autorizar que, apurados os valores levantados a maior, a autarquia desconte do benefício de pensão por morte da viúva Leni Vieira Lopes, o pagamento efetuado nestes autos além do devido, conforme artigo 115, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018312-44.2001.4.03.9999/SP
2001.03.99.018312-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CELINA OLIVEIRA ARAUJO DE SOUZA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : JARBAS MOTA

ADVOGADO : NUNO ALVARES SIMOES DE ABREU

No. ORIG. : 97.00.00010-9 3 Vr MOGI DAS CRUZES/SP

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTA DE LIQUIDAÇÃO. OBEDIÊNCIA AO TÍTULO EXECUTIVO.

- Quanto à submissão ao duplo grau de jurisdição, a jurisprudência vem sustentando a inadmissibilidade, cuidando-se de sentença que julga embargos à execução por título judicial, quando se trate de mero acertamento de cálculos aritméticos:
- Improcedente a insurgência do INSS, no tocante à atualização monetária do débito e incidência de juros, devendo a execução prosseguir pelo valor apurado pelo exequente/embargado.
- A sentença proferida no processo de conhecimento nada dispôs quanto aos índices de correção monetária. Assim, correta a utilização dos indexadores previstos no *Manual de orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal*, aprovado pela Resolução nº 242, de 03.07.2001, do Conselho da Justiça Federal, para atualização monetária dos benefícios previdenciários.
- Existindo apenas parcelas vencidas, os juros devem incidir de maneira englobada.
- Juros aplicados corretamente a partir da data da citação, conforme determinou a decisão judicial transitada em julgado.
- Apelação do INSS a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0049405-25.2001.4.03.9999/SP
2001.03.99.049405-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WILSON JOSE GERMIN
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ANISIO DOS SANTOS
ADVOGADO : ENY SEVERINO DE FIGUEIREDO PRESTES
No. ORIG. : 00.00.00059-9 1 Vr PEDERNEIRAS/SP

EMENTA

A Ementa é :

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. HIPÓTESE LEGAL. ERRO MATERIAL. PARCIAL ACOLHIMENTO .

- Reconhecida a ocorrência de erro material no dispositivo e na ementa do acórdão embargado, a permitir a correção do fundamento legal que embasou o acórdão.
- Por força do efeito translativo do recurso, que impõe a devolução de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não decididas (artigo 515, §1º, do Código de Processo Civil), cabe a análise do outro fundamento do pedido, qual seja, o reconhecimento da natureza especial da atividade desenvolvida.
- A sentença já havia condenado a autarquia à majoração da RMI com o acréscimo do tempo rural. O acórdão apenas consolidou a situação, reconhecendo menos tempo rural do que a sentença, mas, com base no supracitado diploma legal (artigo 515, §1º, do Código de Processo Civil), analisou o outro fundamento e manteve a revisão. *Reformatio in pejus* afastada.
- Embargos de declaração a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001787-72.2001.4.03.6123/SP
2001.61.23.001787-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : JOSE ANTONIO PINTO
ADVOGADO : ADRIANO CAMARGO ROCHA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS ANTONIO GALAZZI e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE QUANTO A EXISTÊNCIA OU NÃO DE SALDO REMANESCENTE. PRECLUSÃO.

- O pagamento do precatório não conduz, necessariamente, à extinção do feito. Necessária a intimação da parte para se manifestar sobre eventual saldo remanescente.
- Inocorrência de preclusão, uma vez que não houve abertura de prazo para a manifestação do autor quanto ao depósito efetuado.

- Apelação a que se dá provimento para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à vara de origem, para regular prosseguimento do feito, visando ao debate sobre eventual saldo remanescente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00016 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005621-61.2002.4.03.9999/SP
2002.03.99.005621-7/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Marcia Hoffmann
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALECSANDRO DOS SANTOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ERACILDA DA SILVA MARQUES e outro
: ADEMAR SABINO MARQUES incapaz
ADVOGADO : ISIDORO PEDRO AVI
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE TAQUARITINGA SP
No. ORIG. : 00.00.00043-1 2 Vr TAQUARITINGA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante o princípio *tempus regit actum*.

- Para a obtenção da pensão por morte, mister o preenchimento de dois requisitos: qualidade de segurado do falecido e dependência econômica.

- *De cuius* não ostentava a qualidade de segurado da Previdência Social na data do passamento.

- Não há prova material de que o falecido trabalhou, no período de 01.10.1995 a 31.12.1995, para a empresa Guari Fruits Ltda.

- Óbito ocorreu antes do preenchimento das condições necessárias à obtenção de aposentadoria, obstando o direito ao benefício de pensão por morte. Precedentes do STJ.

- Beneficiários da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação dos autores ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela 3ª Seção desta Corte.

- Remessa oficial e apelação providas para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037172-59.2002.4.03.9999/SP
2002.03.99.037172-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : MARIA JOSE DA CRUZ MORAES
ADVOGADO : GEOVANE DOS SANTOS FURTADO
CODINOME : MARIA JOSE DA CRUZ MORAIS
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RODRIGO DE AMORIM DOREA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00.00.00148-8 2 Vr ITAPEVA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

- A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da elaboração da conta, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
- Após a data da elaboração da conta, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciais, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP n. 1973-67, artigo 29, § 3º.
- Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.
- Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação dos juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação nos termos do voto da Relatora, com quem votou, ressaltando entendimento, a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001940-31.2002.4.03.6104/SP

2002.61.04.001940-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : GILBERTO ALVES DOS SANTOS

ADVOGADO : FLAVIO SANINO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOURENA MELO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

- A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da elaboração da conta, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
- Após a data da elaboração da conta, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciais, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP n. 1973-67, artigo 29, § 3º.
- Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.
- Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação dos juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação nos termos do voto da Relatora, com quem votou, ressaltando entendimento, a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013729-90.2003.4.03.6104/SP

2003.61.04.013729-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : RENATO SANT ANNA (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : FLAVIO SANINO e outro
: IVO ARNALDO CUNHA DE OLIVEIRA NETO
CODINOME : RENATO SANTANA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOURENA MELO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

- A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da elaboração da conta, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
- Após a data da elaboração da conta, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciais, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP n. 1973-67, artigo 29, § 3º.
- Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.
- Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação dos juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação nos termos do voto da Relatora, com quem votou, ressaltando entendimento, a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001674-56.2003.4.03.6121/SP
2003.61.21.001674-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LEONARDO MONTEIRO XEXEO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MIGUEL GALDINO
ADVOGADO : IVANI MENDES

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ARTIGO 267, § 4º. CONCORDÂNCIA, SOB A CONDIÇÃO DE RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA AÇÃO. ARTIGO 3º DA LEI 9.469/97. INDISPENSABILIDADE DA INDICAÇÃO DE RELEVANTE MOTIVO PARA QUE SE OPOHA AO PEDIDO.

- Embora, depois de decorrido o prazo para a resposta, não se permita ao autor desistir da ação sem o consentimento da parte contrária, eventual resistência do réu deve ser justificada, não bastando a simples alegação de discordância, sem a indicação de motivo relevante.
- Inexistente justificativa plausível ao pleito de desistência, não se justifica a mera invocação do disposto no artigo 3º da Lei 9.469/97, que estabelece diretriz para os defensores públicos, mas não vincula o juiz, nem exime o réu de fundamentar a recusa.
- Hipótese em que não demonstrado o interesse concreto na negativa da pretensão do autor de desistir da ação, improvável em ação do gênero, de reconhecimento de tempo de serviço dependente de prova essencialmente testemunhal, sequer colhida, bem como não evidenciado prejuízo efetivo em decorrência da extinção anômala do processo, não se declarando nulidade se não demonstrado o gravame a que deu causa (CPC, art. 249, § 1º).
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00021 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031895-18.2004.4.03.0000/SP
2004.03.00.031895-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FABIANA BUCCI BIAGINI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : ATILIA COSTA TAVARES
ADVOGADO : JULIO CESAR GIOSSI BRAULIO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE SAO JOAQUIM DA BARRA SP
SUCEDIDO : DOMINGOS TAVARES falecido
No. ORIG. : 97.00.00065-1 1 Vr SAO JOAQUIM DA BARRA/SP
EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. ARTIGO 100, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Os juros de mora devem incidir plenamente até a inclusão do precatório no orçamento em 1º de julho, segundo o preceito contido no §1º do artigo 100 da Constituição da República, obscuridade reconhecida.
- Embargos de declaração providos, para, suprimindo a obscuridade apontada, determinar que os juros de mora incidam até a data da inclusão do precatório no orçamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, deu provimento aos embargos de declaração, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento, e a Desembargadora Federal Marianina Galante o fazia em extensão diversa, para determinar a exclusão da incidência dos juros de mora durante o prazo previsto na Constituição para o seu pagamento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002571-22.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.002571-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GILSON ROBERTO NOBREGA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : DIVINA LINA DE ARAUJO
ADVOGADO : ELISABETH TRUGLIO
No. ORIG. : 00.00.00168-5 1 Vr ITAQUAQUECETUBA/SP
EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ARTIGO 267, § 4º. CONCORDÂNCIA, SOB A CONDIÇÃO DE RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA AÇÃO. ARTIGO 3º DA LEI 9.469/97. INDISPENSABILIDADE DA INDICAÇÃO DE RELEVANTE MOTIVO PARA QUE SE Oponha AO PEDIDO.

- Embora, depois de decorrido o prazo para a resposta, não se permita ao autor desistir da ação sem o consentimento da parte contrária, eventual resistência do réu deve ser justificada, não bastando a simples alegação de discordância, sem a indicação de motivo relevante.
- Inexistente justificativa plausível ao pleito de desistência, não se justifica a mera invocação do disposto no artigo 3º da Lei 9.469/97, que estabelece diretriz para os defensores públicos, mas não vincula o juiz, nem exime o réu de fundamentar a recusa.
- Hipótese em que não demonstrado o interesse concreto na negativa da pretensão do autor de desistir da ação, improvável em ação do gênero, de reconhecimento de tempo de serviço dependente de prova essencialmente testemunhal, sequer colhida, bem como não evidenciado prejuízo efetivo em decorrência da extinção anômala do processo, não se declarando nulidade se não demonstrado o gravame a que deu causa (CPC, art. 249, § 1º).
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024331-27.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.024331-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : LUCIA HELENA VICHARA PINTO

ADVOGADO : EDVALDO LUIZ FRANCISCO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HELIO HIDEKI KOBATA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 03.00.00086-5 2 Vr CONCHAS/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

- A atualização dos débitos relativos a benefícios previdenciários deve ocorrer, até a data da elaboração da conta, com a utilização de índices como o IRSM, o IPC-r, IGP-DI e o INPC, entre outros, ou fixados na sentença, conforme orientação da Resolução nº 561/2007 - Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
- Após a data da elaboração da conta, há que se observar o reajuste monetário dos precatórios judiciais, a partir de jan/92, pela UFIR (Lei nº 8.383/91) e, a partir de jan/2001, pelo IPCA-E, divulgado pelo IBGE, em razão da extinção da UFIR, pela MP n. 1973-67, artigo 29, § 3º.
- Os juros de mora, nos termos da orientação do E. STF, são devidos até a data da inclusão do precatório no orçamento.
- Apelação parcialmente provida para determinar a elaboração de cálculos, com aplicação dos juros moratórios no período compreendido entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora, com quem votou, ressalvando entendimento, a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida, parcialmente, a Desembargadora Federal Marianina Galante, que lhe negava provimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032284-42.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.032284-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ISRAEL CASALINO NEVES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OLINDA DA SILVA SARTORI incapaz
ADVOGADO : CARLOS APARECIDO DE ARAUJO
REPRESENTANTE : SIRLEY SARTORI OGAWA
No. ORIG. : 03.00.00097-1 4 Vr FERNANDOPOLIS/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ARTIGO 267, § 4º. CONCORDÂNCIA, SOB A CONDIÇÃO DE RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA AÇÃO. ARTIGO 3º DA LEI 9.469/97. INDISPENSABILIDADE DA INDICAÇÃO DE RELEVANTE MOTIVO PARA QUE SE OPOHA AO PEDIDO.

- Embora, depois de decorrido o prazo para a resposta, não se permita ao autor desistir da ação sem o consentimento da parte contrária, eventual resistência do réu deve ser justificada, não bastando a simples alegação de discordância, sem a indicação de motivo relevante.
- Inexistente justificativa plausível ao pleito de desistência, não se justifica a mera invocação do disposto no artigo 3º da Lei 9.469/97, que estabelece diretriz para os defensores públicos, mas não vincula o juiz, nem exime o réu de fundamentar a recusa.
- Hipótese em que não demonstrado o interesse concreto na negativa da pretensão do autor de desistir da ação, improvável em ação do gênero, de reconhecimento de tempo de serviço dependente de prova essencialmente testemunhal, sequer colhida, bem como não evidenciado prejuízo efetivo em decorrência da extinção anômala do processo, não se declarando nulidade se não demonstrado o gravame a que deu causa (CPC, art. 249, § 1º).
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005688-45.2005.4.03.6111/SP
2005.61.11.005688-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : EMILIA APARECIDA MAXIMO SOARES
ADVOGADO : JOSUE COVO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CLAUDIA STELA FOZ
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RESTABELECIMENTO. TEMPUS REGIT ACTUM. CÔNJUGE. DECRETO 77.077/76. SÚMULA 170 DO EXTINTO TFR. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*.
- A lei aplicável ao caso é a vigente à época do óbito do segurado, qual seja, o Decreto n. 77.077/76, tendo em vista o princípio *tempus regit actum*
- O artigo 58, inciso II, do aludido diploma legal, preceituava a extinção do benefício de pensão por morte da esposa quando esta viesse a contrair novas núpcias
- Havia a ressalva feita pela Súmula 170 do Tribunal Federal da Recursos, a qual previa a possibilidade da continuidade do recebimento da pensão por morte, caso do novo matrimônio não resultasse melhoria da situação econômico-financeira da viúva.
- Decorridos mais de vinte e quatro anos entre a data da cessação do benefício previdenciário (16.05.1981) e a data do ajuizamento da ação (19.12.2005), é de se concluir que a autora provia sua subsistência mediante outros meios.
- A pensão previdenciária não pode ser vista como mera complementação de renda, devida a qualquer hipossuficiente, mas como substituto da remuneração do segurado falecido aos seus dependentes, os quais devem ser acudidos socialmente na ausência de provedor.
- Ausente a prova da dependência econômica, inviável a concessão da pensão por morte.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00026 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018067-57.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.018067-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : MARIA GONCALES GONCALES e outros

ADVOGADO : LUIS HENRIQUE BARBANTE FRANZE

SUCEDIDO : PEDRO GONZALES GONZALES falecido

APELANTE : THEREZA GONZALEZ

: CONSUELO GONSALES DE OLIVEIRA

: MARILEIDE LABRIOLA MILANEZE

: FRANCISCO CORREA (= ou > de 65 anos)

: CARMEN MENDES DA SILVA RENAL

ADVOGADO : LUIS HENRIQUE BARBANTE FRANZE

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LEANDRO MARTINS MENDONCA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 93.00.00089-9 1 Vr PIRAJUI/SP

EMENTA

PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LAUDO PERICIAL ACOLHIDO. OBSERVÂNCIA AO TÍTULO EXECUTIVO.

- Questões relativas aos abonos, bem como relativas aos coeficientes dos benefícios de pensão por morte recebidos pelas autoras não foram objeto do pedido e não constam do título executivo.

- Renda mensal inicial de autor calculada, no laudo pericial, com base no título executivo judicial e nos dados constantes no processo administrativo. A inclusão de novos salários de contribuição no período básico é matéria estranha à lide.

- Entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não é possível a aplicação da Lei nº 9.032/95 aos benefícios concedidos antes de sua entrada em vigor.

- Os benefícios dos quais se pleiteiam as revisões foram concedidos antes da vigência das Leis nºs 8.213/91 e 9.032/95. De aplicação o juízo firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

- Incabível se falar em revisão com base no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, que, aliás, não faz parte do pedido.

- O título executivo judicial nada estipulou a respeito dos juros de mora. Logo, são devidos à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

- Somente a partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), em 11.01.2003, as regras relativas à incidência de juros de mora sofreram alterações, especialmente com relação ao percentual, que passou de 0,5% ao mês para 12% ao ano, conforme o artigo 406.

- Quanto aos honorários advocatícios, a sucumbência predominante dos autores foi fixada em função do valor pleiteado

- **R\$ 161.510,16** - e do valor acolhido - **R\$ 16.115,50** -, havendo que ser mantido o percentual de 10% (dez por cento) fixado em sentença, a teor do disposto no artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

- Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00027 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0036189-21.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.036189-5/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Marcia Hoffmann
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RENATO URBANO LEITE
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ROSANGELA LOPES DE SOUZA
ADVOGADO : ABLAINE TARSETANO DOS ANJOS
REPRESENTANTE : MARLENE MARIA DANTAS DE SOUZA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 4 VARA DE ATIBAIA SP
No. ORIG. : 04.00.00123-6 4 Vr ATIBAIA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. SENTENÇA TRABALHISTA. RECOLHIMENTO POST MORTEM. IMPOSSIBILIDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante o princípio *tempus regit actum*.
- Para a obtenção da pensão por morte, mister o preenchimento de dois requisitos: qualidade de segurado do falecido e dependência econômica.
- Qualidade de segurado do falecido não comprovada.
- A sentença proferida na Justiça do Trabalho não produz efeitos em relação ao INSS, pois não houve início de prova material do labor do falecido. Ademais, a autarquia não foi parte naquela relação processual.
- Não tem amparo legal o recolhimento extemporâneo de contribuições previdenciárias, após o óbito do *de cujus*, ante a vedação do art. 282, § 2º, da Instrução Normativa nº 20/2007 do INSS.
- Beneficiária da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação da autora ao pagamento da verba honorária e custas processuais, consoante entendimento firmado pela 3ª Seção desta Corte.
- Remessa oficial e apelação providas para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Revogada a tutela antecipada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00028 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002747-82.2006.4.03.6113/SP
2006.61.13.002747-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WANDERLEA SAD BALLARINI BREDA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : FLORENCA LOURENCA DE SOUZA
ADVOGADO : ANTONIO MARIO DE TOLEDO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. DIARISTA. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA.

- O acórdão embargado adotou posicionamento claramente explicitado e fundamentado a respeito da impossibilidade de concessão do benefício, diante do exercício de atividade urbana no período de carência. Além disso, esclareceu a necessidade de comprovação do exercício de atividade no período imediatamente anterior ao implemento etário, afastando a alegação de que a perda da qualidade de segurado não impede a concessão do benefício.
- Pretensão de rediscutir a matéria, imprimindo caráter infringente aos embargos, desviando-os da destinação jurídico-processual própria. Impossibilidade.

- Embargos de declaração não são meio hábil ao reexame da causa, com rediscussão de fundamentos jurídicos e finalidade de modificar a conclusão do julgado. Precedentes do STJ.
- Embargos de declaração aos quais se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00029 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017984-07.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.017984-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUIS ENRIQUE MARCHIONI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : ADERSON RIBEIRO DA SILVA e outros

ADVOGADO : ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA

: NATALINA BERNADETE ROSSI ALEM

APELADO : DIRCO JULIANI

: JOAO MARRONE

: NELSON FIORAVANTE

: IRIA MINZZONE CRECENZI

: ARGEMIRO MENEGUES

: PAULO DE SOUZA

: ARLINDO ARAUJO SANTOS

: BELMIRO DE PAULA

: JOSE ALCIDES BAZANELLI

ADVOGADO : ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA

AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 03.00.00123-3 1 Vr IBITINGA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PUBLICAÇÃO DA PORTARIA MINISTERIAL 714/93. AJUIZAMENTO DA AÇÃO POSTERIOR A 9/12/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- As demandas que visam obter a correção monetária determinada pela Portaria MPAS nº 714/93 devem ser propostas dentro do prazo prescricional quinquenal, tendo como termo final o dia 9 de dezembro de 1998, impõe-se o reconhecimento da prescrição.

- Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00030 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028189-61.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.028189-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SOLANGE GOMES ROSA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JACIRA DA SILVA DE MIRANDA
ADVOGADO : GUSTAVO MARTINI MULLER
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 07.00.00048-3 2 Vr ITARARE/SP

EMENTA

AGRAVO LEGAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL BASEADA EM CERTIDÕES DO REGISTRO CIVIL. PRAZO DE CARÊNCIA.

- O início de prova material, corroborado por prova testemunhal, enseja o reconhecimento do tempo laborado como trabalhador rural.
- A avaliação da prova material submete-se ao princípio da livre convicção motivada.
- Exigência de comprovação do requisito etário e do exercício de atividade rural, mesmo que descontínua, no período de carência.
- Correção monetária das parcelas vencidas se dará nos termos da legislação previdenciária, bem como da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos da Justiça Federal.
- Juros de mora devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir desta data, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.
- Agravo a que se dá parcial provimento, para modificar os critérios de incidência de correção monetária e juros de mora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0048457-39.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.048457-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIS ENRIQUE MARCHIONI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JEZIO ALVES GUIMARAES
ADVOGADO : MARTA CRISTINA BARBEIRO
No. ORIG. : 07.00.00021-8 1 Vr JABOTICABAL/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ARTIGO 267, § 4º. CONCORDÂNCIA, SOB A CONDIÇÃO DE RENÚNCIA AO DIREITO EM QUE SE FUNDA AÇÃO. ARTIGO 3º DA LEI 9.469/97. INDISPENSABILIDADE DA INDICAÇÃO DE RELEVANTE MOTIVO PARA QUE SE OPOHA AO PEDIDO.

- Embora, depois de decorrido o prazo para a resposta, não se permita ao autor desistir da ação sem o consentimento da parte contrária, eventual resistência do réu deve ser justificada, não bastando a simples alegação de discordância, sem a indicação de motivo relevante.

- Inexistente justificativa plausível ao pleito de desistência, não se justifica a mera invocação do disposto no artigo 3º da Lei 9.469/97, que estabelece diretriz para os defensores públicos, mas não vincula o juiz, nem exime o réu de fundamentar a recusa.
- Hipótese em que não demonstrado o interesse concreto na negativa da pretensão do autor de desistir da ação, improvável em ação do gênero, de reconhecimento de tempo de serviço dependente de prova essencialmente testemunhal, sequer colhida, bem como não evidenciado prejuízo efetivo em decorrência da extinção anômala do processo, não se declarando nulidade se não demonstrado o gravame a que deu causa (CPC, art. 249, § 1º).
- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido do INSS de fls. 50-53 e negar provimento à sua apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Marcia Hoffmann
Desembargadora Federal Relatora

00032 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0063789-46.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.063789-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : FRANCISCA DA SILVA OLIVEIRA
ADVOGADO : JUCENIR BELINO ZANATTA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ARTHUR LOTHAMMER
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS
No. ORIG. : 08.00.00183-7 2 Vr DIADEMA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. CONDIÇÃO DE SEGURADO DO FALECIDO. DOENÇA INCAPACITANTE

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*.
- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91.
- Qualidade de segurado do falecido não comprovada, porquanto não configurada a alegada incapacidade para o trabalho.
- Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Marcia Hoffmann
Juíza Federal Convocada

00033 AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000260-82.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.000260-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : ANTONIA ELIZABETE CRUZ DA SILVA
ADVOGADO : CLAUDIO DE SOUSA LEITE
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADA : DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG. : 09.00.00012-5 2 Vr PENAPOLIS/SP

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL . APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. COMPROVAÇÃO DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE.

- A ausência de prévio requerimento administrativo de benefícios outros que não o de aposentadoria por idade a trabalhador rural e benefício assistencial de prestação continuada afasta o interesse de agir.
- Pleito de concessão de aposentadoria por invalidez. Necessidade de prévio requerimento administrativo.
- Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento ao agravo, sendo que as Desembargadoras Federais Vera Jucovsky e Marianina Galante acompanharam o voto da Relatora, com ressalva de seus entendimentos.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034287-91.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.034287-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

APELANTE : LENICE SERAFIM DE SOUZA SANTANA

ADVOGADO : ANTONIO APARECIDO DE MATOS

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00039-8 2 Vr TUPI PAULISTA/SP

EMENTA

A Ementa é :

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. CÔNJUGE. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. CONDIÇÃO DE SEGURADO NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*.
- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do trabalhador rural, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91.
- Sendo a autora cônjuge do *de cuius*, a dependência é presumida (art. 16, § 4º, da LBPS). Todavia, a qualidade de segurado não restou comprovada, em razão de constar da certidão de óbito como atividade laborativa desempenhada pelo falecido a de pedreiro.
- Apelação da autora desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

Boletim Nro 2820/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000255-83.2003.4.03.6126/SP

2003.61.26.000255-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

APELANTE : SERGIO LUIZ CAVINATTO e outros
ADVOGADO : WALDEC MARCELINO FERREIRA e outro
CODINOME : SERGIO LUIZ CAVINATO
APELANTE : IVANE ALVES DOS SANTOS
: JOSE ROBERTO HIRAYAMA
: WILSON TORRES DUARTE
: ARLINDO DA SILVA OLIVEIRA
ADVOGADO : WALDEC MARCELINO FERREIRA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAQUEL BENEVIDES MONTENEGRO ANSELMO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

I - Agravo legal interposto da decisão monocrática que manteve a sentença de extinção da execução.

II - Alega o agravante, preliminarmente, que o feito deve ser sobrestado até o julgamento do RE 579.431, em face do reconhecimento da repercussão geral acerca da matéria. No mérito, sustenta serem devidos os juros de mora no interregno entre a data da conta e a data da expedição do precatório.

III - É descabido o pedido de sobrestamento do julgamento do presente recurso, pois o E. STF, apesar de reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de RPV ou precatório, não determinou a suspensão de recursos fundados em idêntica controvérsia.

IV - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

V - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.

VI - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre a data da conta e a data da expedição do precatório, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.

VII - O Precatório nº 2005.03.00.052801-4, expedido no valor de R\$ 199.207,10, atualizado para 10/2004, foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 05/07/2005 e pago (R\$ 214.714,13), em 31/01/2006, isto é, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

VIII - A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

IX - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

X - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.

XI - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para dar provimento à apelação da parte autora.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000468-89.2003.4.03.6126/SP
2003.61.26.000468-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
APELANTE : FRANCISCO CORDEIRO NETO
ADVOGADO : NILTON MORENO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIA CAMILA COSTA DE PAIVA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

I - Agravo legal interposto da decisão que reconheceu indevida a aplicação dos juros de mora da data da conta até a expedição do ofício precatório.

II - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.

III - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.

IV - O Precatório nº 2006.03.00.030363-0, foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 20/04/2006, e pago (R\$ 46.453,22) em 14/03/2007, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

V - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

VI - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

VII - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.

VIII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para rejeitar a preliminar e dar provimento à apelação da parte autora.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005679-09.2003.4.03.6126/SP
2003.61.26.005679-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
APELANTE : ERNANDO GONCALVES
ADVOGADO : FABIULA CHERICONI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FÁBIO ALMANSA LOPES FILHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

- I - Agravo legal interposto da decisão que manteve a sentença de extinção da execução, reconhecendo indevido o cômputo dos juros de mora no período compreendido entre a data da conta e a inclusão do precatório no orçamento.
- II - A agravante alega serem devidos os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo e a inscrição do precatório em orçamento.
- III - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.
- IV - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.
- V - O Precatório nº 2005.03.00.079503-0, expedido no valor de R\$ 32.791,83, atualizado para 02/2005, foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 11/10/2005 e pago (R\$ 35.853,53), em 14/03/2007, isto é, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.
- VI - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
- VII - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
- VIII - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.
- IX - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para rejeitar a preliminar e dar provimento à apelação da parte autora.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007796-70.2003.4.03.6126/SP
2003.61.26.007796-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
APELANTE : AIRTON SANTO PELAGALO
ADVOGADO : NILTON MORENO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAQUEL BENEVIDES MONTENEGRO ANSELMO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

- I - Agravo legal interposto da decisão que reconheceu indevida a aplicação dos juros de mora da data da conta até a inscrição do precatório no orçamento.
- II - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.
- III - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.
- IV - O Precatório nº 2006.03.00.042480-8, foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 24/05/2006, e pago (R\$ 40.636,30) em 14/03/2007, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora. Por sua vez, a RPV nº 2006.03.00.088152-1, foi distribuída nessa E. Corte em 30.08.2006 e paga em 29/09/2006, também no prazo legal, sendo indevidos os juros de mora.

V - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

VI - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

VII - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.

VIII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para rejeitar a preliminar e dar provimento à apelação da parte autora.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021973-84.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.021973-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

APELANTE : ANNA CALDEIRAO FERREIRA

ADVOGADO : JOSE ROBERTO ORTEGA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANETE DOS SANTOS SIMOES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00151-5 5 Vr SAO CAETANO DO SUL/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA URBANA. PROVA MATERIAL SATISFATÓRIA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA. IRRELEVÂNCIA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIA. TUTELA ANTECIPADA.

I - Aposentadoria por idade do trabalhador urbano, prevista no art. 48 e segs., da Lei nº 8.213/91, antes disciplinada pelo art. 32 do Decreto nº 89.312, de 23.01.84. Segundo o inciso II do art. 24, a carência é de 180 contribuições mensais, aplicando-se, para o segurado filiado à Previdência anteriormente a 1991, os prazos menores previstos no art. 142 do mesmo Diploma.

II - Superveniência da Lei nº 10.666/2003, consolidando o direito dos segurados à aposentadoria por idade, independente da perda da qualidade de segurado, aplicada à espécie a teor do art. 462 do CPC.

III - Completada a idade em 13.04.1999, os documentos carreados aos autos (CTPS e carnês de recolhimentos previdenciários) comprovam a atividade urbana da autora, por 12 anos, 02 meses e 07 dias. Conjugando-se a data em que foi complementada a idade, o tempo de serviço e o art. 142 da Lei nº 8.213/91, tem-se que foi integralmente cumprida a carência exigida (108 meses).

IV - O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação (27.09.2007), momento em que a Autarquia tomou ciência do pleito.

V - A correção monetária das prestações em atraso será efetuada de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, a Súmula nº 8 desta Colenda Corte, combinadas com o art. 454 do Provimento nº 64, de 28 de abril de 2005, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

VI - Os juros moratórios serão devidos no percentual de 0,5% ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil, nos termos do art. 406, que, conjugado com o artigo 161, § 1º, do CTN, passou para 1% ao mês. A partir de 29/06/2009, deve ser aplicada a Lei nº 11.960, que alterou a redação do artigo 1º - F da Lei nº 9.494/97.

VII - Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% do valor da condenação, até a sentença, em homenagem ao entendimento desta E. 8ª Turma.

VIII - Prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 273 c.c. 461 do CPC, impõe-se a antecipação da tutela, para imediata implantação do benefício.

IX - Apelo da autora parcialmente provido.

X - Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo da autora e concedeu a antecipação da tutela, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto da Relatora, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00006 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014970-08.2008.4.03.6110/SP
2008.61.10.014970-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ADRIANA DOS SANTOS MARQUES BARBOSA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : MELINO DIAS DE ALMEIDA
ADVOGADO : FABIANA DALL OGLIO RIBEIRO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.

II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.

III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.

IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.

V - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

VI - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00007 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000474-46.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.000474-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : FRANCISCO MANHAS NETO
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

- I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.
- II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.
- III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.
- IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.
- V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.
- VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
- VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00008 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004757-15.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.004757-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

PROCURADOR : LUCIANE SERPA e outro

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : JOSE LUIZ DE CARVALHO RISSOTTO

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.

II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.

III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.

IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.

V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.

VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00009 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005236-08.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.005236-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JULIANA DA PAZ STABILE e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : ALBINO MARIANO PINHEIRO NETO
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
: NIVEA MARTINS DOS SANTOS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

- I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.
II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.
III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.
IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.
V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.
VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00010 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009403-68.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.009403-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : RINO DE CIA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

- I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.
II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.
III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.
IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.
V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.
VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00011 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009834-05.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.009834-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JULIANA DA PAZ STABILE e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : ARNALDO PASSOS

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.

II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.

III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.

IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.

V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.

VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00012 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009841-94.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.009841-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JULIANA DA PAZ STABILE e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : JOSE CARLOS BRANCO

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.

II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.

- III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.
- IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.
- V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.
- VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
- VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00013 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009920-73.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.009920-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO : EDGARD FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR

ADVOGADO : NIVEA MARTINS DOS SANTOS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.

II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.

III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.

IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.

V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.

VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.

VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00014 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0043276-47.2009.4.03.0000/SP
2009.03.00.043276-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARILIA CYSNEIROS CAVALCANTI DE MENEZES
: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADO : JOSIVAL FERREIRA
ADVOGADO : NELIDE GRECCO AVANCO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE ATIBAIA SP
No. ORIG. : 09.00.00208-2 3 Vr ATIBAIA/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA.

- I - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.
II - O agravado alega ser portador de atraso no desenvolvimento psicomotor e epilepsia, não há nos autos elementos suficientes a demonstrar, por ora, que não possui condições de prover o próprio sustento ou tê-lo provido pelos seus.
III - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo de Primeira Instância, que poderá ainda determinar a realização de perícia médica e de estudo social.
IV - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.
V - Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00015 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000854-75.2009.4.03.6105/SP
2009.61.05.000854-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARILIA CYSNEIROS CAVALCANTI DE MENEZES e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : ALCEU LINARES PADUA
ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI e outro

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

- I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.
II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.
III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.
IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.
V - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
VI - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00016 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001154-92.2009.4.03.6119/SP

2009.61.19.001154-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
EMBARGANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FELIPE MEMOLO PORTELA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO : ZORILDA NOVAES DE SOUZA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
: NIVEA MARTINS DOS SANTOS

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

- I - Inexistência de contradição, obscuridade ou omissão no Julgado.
II - Acórdão embargado, de forma clara e precisa, entendeu pela impossibilidade de substituição da aposentadoria percebida por outra mais vantajosa.
III - A desaposentação não constitui mera renúncia a benefício previdenciário. Segurado pretende substituir o seu benefício por outro mais vantajoso, sem restituir qualquer parcela ao INSS.
IV - A restituição dos proventos, até então percebidos, não basta ao deferimento do pedido. Nada justifica a substituição almejada. A devolução das parcelas percebidas não integra o pedido inicial, como requisito para a desaposentação.
V - Acórdão embargado não se submeteu ao rito estatuído pelo art. 285-A do CPC.
VI - O recurso de embargos de declaração não é meio hábil ao reexame da causa.
VII - Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007345-58.2009.4.03.6183/SP

2009.61.83.007345-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
APELANTE : ARNALDO FRANCISCO DE PAULA FILHO
ADVOGADO : TONIA ANDREA INOCENTINI GALLETI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

- I - Agravo regimental interposto com fulcro nos art. 250 e seguintes do Regimento Interno da Colendo Tribunal Regional da 3ª Região, objetivando a reconsideração da decisão, alegando a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, além de ser indevida a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.
II - Recebo o presente recurso como agravo legal.
III - Admite-se o julgamento de improcedência *prima facie*, nos termos do art. 285-A do CPC. Tema unicamente de direito. Análise não é incipiente e conta com orientação do Supremo Tribunal Federal.
IV - O Julgado dispôs expressamente sobre a aplicabilidade do fator previdenciário ao cálculo do salário-de-benefício, nos termos da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, em consonância com o julgamento da liminar na ADI nº 2111-DF, pela Suprema Corte.
V - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao Relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

VI - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
VIII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
IX - Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007673-85.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.007673-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
APELANTE : SONIA MARIA MARCATO
ADVOGADO : TONIA ANDREA INOCENTINI GALLETI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LILIANE MAHALEM DE LIMA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00076738520094036183 5V Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Agravo regimental interposto com fulcro nos art. 250 e seguintes do Regimento Interno da Colendo Tribunal Regional da 3ª Região, objetivando a reconsideração da decisão, alegando a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, além de ser indevida a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.
II - Recebo o presente recurso como agravo legal.
III - Admite-se o julgamento de improcedência *prima facie*, nos termos do art. 285-A do CPC. Tema unicamente de direito. Análise não é incipiente e conta com orientação do Supremo Tribunal Federal.
IV - O Julgado dispôs expressamente sobre a aplicabilidade do fator previdenciário ao cálculo do salário-de-benefício, nos termos da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, em consonância com o julgamento da liminar na ADI nº 2111-DF, pela Suprema Corte.
V - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao Relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
VI - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
VIII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.
IX - Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00019 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0003739-10.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.003739-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS GAMA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : MARIA CELIA MACARIO BASTOS
ADVOGADO : ALEXANDRA DELFINO ORTIZ
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE MOGI MIRIM SP
No. ORIG. : 09.00.10282-3 1 Vr MOGI MIRIM/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - A recorrida recebeu auxílio-doença nos períodos de 09/01/2006 a 02/01/2007, de 08/01/2007 a 01/04/2009 e de 03/06/2009 a 17/10/2009, sendo que em 27/10/2009, pleiteou administrativamente a prorrogação do benefício que recebia, momento em que lhe foi negada tal pretensão, uma vez que a perícia médica realizada concluiu pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não se trata do procedimento conhecido como alta programada.

II - A agravada, auxiliar de enfermagem, nascida em 28/04/1967, afirma ser portadora de cervico-dorso-braquialgia, artrose dorsal, escoliose dorsal, dor lombar com irradiação para MMII, fibromialgia severa, dor generalizada, metatarsalgia, episódio depressivo grave e transtorno depressivo recorrente, sem sintomas psicóticos, além de insônia.

III - Os atestados médicos juntados não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa atual.

IV - O INSS indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.

V - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

VI - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.

VII - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

VIII - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetida a agravada.

IX - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00020 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011334-60.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.011334-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS GAMA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : FRANCISCO DA SILVA
ADVOGADO : RENATA DE ARAUJO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE MOGI MIRIM SP
No. ORIG. : 10.00.00017-5 1 Vr MOGI MIRIM/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - O recorrido recebeu auxílio-doença no período de 14/05/1998 a 15/12/2009, sendo que em 11/12/2009 pleiteou administrativamente a prorrogação do benefício que recebia, momento em que lhe foi negada tal pretensão, uma vez

que a perícia médica realizada concluiu pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não se trata do procedimento conhecido como alta programada.

II - O agravado, metalúrgico, nascido em 19/03/1959, afirma ser portador de depressão grave (CID 10 - F32.2) e hérnia de disco, aguardando cirurgia.

III - Os atestados médicos juntados não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa.

IV - O INSS indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.

V - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

VI - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.

VII - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

VIII - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravado.

IX - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00021 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0012208-45.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.012208-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ISABELA CRISTINA PEDROSA BITTENCOURT
: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADO : JOSE CARLOS SAMPAIO

ADVOGADO : ADRIANA CRISTINA OSTANELLI

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE VALINHOS SP

No. ORIG. : 08.00.00145-3 3 Vr VALINHOS/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL.

I - O agravado, nascido em 19/03/1953, afirma ser portador de gota úrica, com limitação nas funções articulares em ambas as mãos, diabetes leve, policitemia vera e crises hipertensivas, a perícia médica produzida em juízo indica, por ora, a ausência de incapacidade laborativa do ora agravado.

II - O perito judicial afirma que o recorrido apresenta hipertensão arterial e gota úrica desde 1989. Sustenta que as patologias encontram-se controladas clinicamente e não impedem o trabalho.

III - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

IV - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.

V - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

VI - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00022 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0015577-47.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.015577-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PIAZZA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : SERGIO APARECIDO MORENO
ADVOGADO : ELIO EULER BALDASSO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE INDAIATUBA SP
No. ORIG. : 10.00.00099-5 3 Vr INDAIATUBA/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - Após a cessação do pagamento do benefício de auxílio-doença, o agravado, em 07/04/2010, pleiteou administrativamente a prorrogação da referida prestação, momento em que lhe foi negada tal pretensão, vez que a perícia médica realizada concluiu pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não se trata do procedimento conhecido como alta programada.

II - O recorrido, nascido em 12/08/1951, é portador de transtorno afetivo bipolar (CID 10 - F31.9), transtorno de ansiedade e depressão (CID 10 - F41.2), diabete mellitus e hipertensão arterial, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado de trabalhar, nos termos dos atestados médicos produzidos no Departamento de Saúde da Prefeitura Municipal de Indaiatuba - SUS.

III - O atestado emitido por médico psiquiatra da Prefeitura de Indaiatuba afirma que o agravado mantém humor deprimido apesar do uso da medicação e apresenta instabilidade afetiva e irritabilidade, sem condições para o trabalho.

IV - O recorrido esteve em gozo de auxílio-doença no período de 20/01/2010 a 12/04/2010.

V - Os atestados produzidos em 06/04/2010, 08/04/2010 e 09/04/2010, indicam que sua incapacidade laboral continuou a existir, demonstrando, que, apesar de cessada a concessão do benefício, a situação anterior permaneceu inalterada.

VI - A plausibilidade do direito invocado pela parte autora tem o exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

VII - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

VIII - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravado.

IX - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00023 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0016285-97.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.016285-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ILDERICA FERNANDES MAIA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : RENAN GOMES BEBEL
ADVOGADO : JAIME LOPES DO NASCIMENTO

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE RANCHARIA SP

No. ORIG. : 10.00.01455-4 1 Vr RANCHARIA/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA.

I - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.

II - O agravado alega ser portador de escoliose severa congênita, encontrando-se totalmente incapaz para o trabalho.

III - Não há nos autos elementos suficientes a demonstrar, por ora, que não possui condições de prover o próprio sustento ou tê-lo provido pelos seus.

IV - O pleito restou indeferido na via administrativa, ante a constatação de que não foi possível seu enquadramento no art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.

V - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo de Primeira Instância, que poderá ainda determinar a realização de perícia médica e de estudo social.

VI - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

VII - Agravo provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00024 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017153-75.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.017153-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AGRAVANTE : ELIAS DE LIMA

ADVOGADO : ISIDORO PEDRO AVI

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE TAQUARITINGA SP

No. ORIG. : 10.00.00076-5 2 Vr TAQUARITINGA/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DA AUTARQUIA.

I - O agravante pleiteou administrativamente a reconsideração da decisão que fez cessar o benefício que percebia, em 19/06/2009, momento em que lhe foi negada tal pretensão, uma vez que a perícia médica realizada concluiu pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não trata do procedimento conhecido como alta programada.

II - O recorrente, trabalhador rural e ajudante geral, nascido em 05/05/1974, é portador de esquizofrenia paranóide, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado de trabalhar, nos termos dos atestados médicos produzidos no Departamento Municipal de Saúde da Prefeitura de Taquaritinga.

III - O recorrente esteve em gozo de auxílio-doença nos períodos de 07/08/2008 a 08/10/2008 e de 16/01/2009 a 30/06/2009, conforme documentos do sistema Dataprev Previdência Social.

IV - Os atestados médicos datados de 16/10/2009, 07/04/2010 e 12/05/2010, indicam que sua incapacidade laboral continuou a existir, demonstrando, que, apesar de cessada a concessão do benefício, a situação anterior permaneceu inalterada.

V - Consta dos autos declaração do último empregador do recorrente, afirmando que seu último dia de trabalho deu-se em 04/12/2008.

VI - O atestado médico emitido no hospital psiquiátrico "Casa Caurbar Schutel", assegura que o agravante permaneceu internado para tratamento médico, no período de 05/12/2008 a 05/01/2009, por esquizofrenia paranóide.

VII - Os benefícios concedidos ao segurado na via administrativa, foram implantados, em 2008, em razão de episódios depressivos e em 2009 por esquizofrenia paranóide, como demonstram os documentos do sistema Dataprev da Previdência Social.

- VIII - A plausibilidade do direito invocado pela parte autora merece ter seu exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.
- IX - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.
- X - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravante.
- XI - Quanto a determinação de que a citação do INSS deve ocorrer apenas depois de realizada a perícia médica, não merece prosperar.
- XI - A citação é a comunicação que se faz àquele em face de quem se está propondo a ação, para que venha compor o pólo passivo da demanda e, querendo, possa se manifestar.
- XII - A ausência de citação no processo impede a formação da relação jurídica processual (autor, juiz e réu), já que se trata de um pressuposto processual de existência da relação processual. Sem a citação não existe processo.
- XIII - Os atos processuais se desenvolveriam a revelia do réu em evidente afronta ao devido processo legal, sobretudo aos princípios do contraditório e ampla defesa, dando margem ao reconhecimento de nulidades dos atos praticados.
- XIV - Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00025 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017492-34.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.017492-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : KARINA BRANDAO REZENDE OLIVEIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : MARCELO OLIVEIRA GIBIN
ADVOGADO : JEAN CARLOS DE SOUSA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BIRIGUI SP
No. ORIG. : 10.00.00048-0 1 Vr BIRIGUI/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- I - O recorrido, nascido em 25/07/1970, é portador de neoplasia maligna da laringe, submetido a cirurgia de laringectomia total e esvaziamento cervical bilateral em 17/12/2009, atualmente em tratamento de radioterapia, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado para o trabalho, nos termos dos atestados médicos.
- II - A qualidade de segurado restou indicada, tendo em vista o recolhimento de contribuições previdenciárias pelo empregador do agravado, nos períodos de 01/10/1984 a 05/02/1990, de 25/10/1993 a 14/03/1995, de 01/09/1997 a 29/03/1999, 02/08/1999 a 13/09/2001, 01/06/2004 a 23/11/2005, de 12/12/2005 a 14/12/2006 e de 01/08/2007 a 19/10/2007, como demonstra o documento do Sistema Dataprev da Previdência Social juntado pelo agravante.
- III - Embora a última contribuição tenha ocorrido em 19/10/2007, os atestados e exames médicos produzidos em 11/2009 indicam que o recorrido foi acometido pela moléstia quando ainda detinha a qualidade de segurado, nos termos

do art. 15, inc. II e §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.213/91, vez que possuía mais de 120 contribuições ao RGPS e encontrava-se desempregado.

IV - Conforme entendimento pretoriano consolidado, que a impossibilidade de recolhimento das contribuições, em face de enfermidade do trabalhador, ausente o requisito da voluntariedade, não lhe retira a qualidade de segurado da previdência.

V - A plausibilidade do direito invocado pela parte autora tem o exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

VI - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

VII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00026 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017722-76.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.017722-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARCO ARLINDO TAVARES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : JOSE LUCIANO DA SILVA
ADVOGADO : DONIZETI LUIZ COSTA
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE VARGEM GRANDE DO SUL SP
No. ORIG. : 10.00.00022-6 1 Vr VARGEM GRANDE DO SUL/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - O recorrido, trabalhador rural, não alfabetizado, nascido em 24/02/1952, é portador de doença do coração, submetido a cateterismo cardíaco por artéria radial, em tratamento medicamentoso sem previsão de alta, encontrando-se, ao menos temporariamente, impossibilitado de trabalhar, nos termos dos atestados médicos.

II - A plausibilidade do direito invocado pela parte autora tem o exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

III - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

IV - Os arts. 273, § 3º c/c 588, § 2º, ambos do C.P.C., permitem a concessão de tutela antecipada, independentemente da prestação de caução, em hipóteses como a dos autos.

V - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravado.

VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00027 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017754-81.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.017754-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : FATIMA MORENO CANO DINIZ
ADVOGADO : ALESSANDRO CARMONA DA SILVA
CODINOME : FATIMA MORENO CANO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PRESIDENTE EPITACIO SP
No. ORIG. : 10.00.00052-7 1 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- I - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.
II - A recorrente, nascida em 13/02/1960, afirma ser portadora de hérnia de disco e outros deslocamentos discais intervertebrais.
III - O atestado e o exame médico que instruíram o agravo, não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa.
IV - O INSS indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.
V - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.
VI - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.
VII - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.
IX - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00028 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018480-55.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.018480-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : TANIA BENTO DE OLIVEIRA SEABRA
ADVOGADO : CLEITON LEAL DIAS JUNIOR
: ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE GUARUJA SP
No. ORIG. : 10.00.00070-0 3 Vr GUARUJA/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- I - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.
II - A recorrente, nascida em 28/01/1973, afirma ser portadora de degeneração da parte inferior da córnea do olho esquerdo, com baixa acuidade visual, já tendo realizado transplante de córnea há 10 anos.
III - O atestado e os exames médicos que instruíram o agravo, não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa.

- IV - A agravante informa que o INSS indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.
- V - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.
- VI - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.
- VII - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.
- VIII - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00029 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018938-72.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.018938-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : DIANA ANANIAS DE JESUS
ADVOGADO : MARCOS AURÉLIO MEIRA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00096667920094036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- I - Em consulta ao sistema Dataprev da Previdência Social verifica-se que a agravante efetuou recolhimento de contribuições previdenciárias, no período de 04/2006 a 08/2009.
- II - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.
- III - A recorrente, nascida em 28/08/1974, afirma ser portadora de tendinite nos joelhos, derrame articular em joelho esquerdo, artrose bilateral, bursite, lesão meniscal e cisto de Baker.
- IV - Os exames médicos que instruíram o agravo, não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa.
- V - O INSS indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.
- VI - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.
- VII - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.
- VIII - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.
- IX - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00030 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0019030-50.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.019030-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : LUCIANO DOS SANTOS
ADVOGADO : ALEX FOSSA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
No. ORIG. : 00029175220094036112 3 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - O agravante recebeu auxílio-doença no período de 19/11/2008 a 20/01/2009, sendo que em 08/01/2009, pleiteou administrativamente a reconsideração da decisão que fez cessar o benefício que percebia, momento em que lhe foi negada tal pretensão, uma vez que a perícia médica realizada concluiu pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não se trata do procedimento conhecido como alta programada.

II - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.

III - O recorrente, encarregado de obras, nascido em 14/11/1963, afirma ser portador de espondilodiscoartrose degenerativa, abaulamento discal difuso, hérnia de disco lombar com radiculopatia, tendinopatia e tendinose supraespinhal.

IV - Os atestados e exames médicos que instruíram o agravo não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa atual.

V - O Instituto indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.

VI - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

VII - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.

X - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00031 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020116-56.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020116-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : JOSE CARLOS ORLANDO
ADVOGADO : IRAILSON DOS SANTOS RIBEIRO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SAO VICENTE SP
No. ORIG. : 03.00.00032-6 2 Vr SAO VICENTE/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

I - Agravo legal interposto da decisão que reconheceu indevida a aplicação dos juros de mora da data da conta até a inscrição do precatório no orçamento.

II - O agravante alega que a questão da incidência dos juros de mora no período acima mencionado encontra-se pendente de julgamento, à vista do reconhecimento de repercussão geral pelo C. STF. Por tal motivo, requer retratação, ou submissão do feito à julgamento pela E. Turma Julgadora.

III - O E. STF, apesar de reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de RPV ou precatório, não determinou a suspensão de recursos fundados em idêntica controvérsia.

IV - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

V - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.

VI - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.

VII - A RPV nº 20080060088, foi distribuída neste E. Tribunal Regional Federal em 29/04/2008 e paga (R\$ 217,60) em 29/05/2008, no prazo legal. Os precatórios nº 20080081587 e 20090072071, distribuídos respectivamente em 03/06/2008 e 28/05/2009, foram pagos em 26/01/2009 (R\$ 24.005,70) e 25/03/2010 (R\$ 13.642,77) também no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

VIII - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

IX - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

X - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.

XI - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para dar provimento ao agravo de instrumento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00032 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020149-46.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020149-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : MARIA ANIZETE DE SOUZA
ADVOGADO : VANESSA GOMES DO NASCIMENTO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00011502320104036183 4V Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - O agravante recebeu auxílio-doença nos períodos de 23/01/2006 a 30/03/2006, de 11/05/2006 a 27/06/2008 e de 20/11/2008 a 16/07/2009.

- II - Em 17/08/2009, pleiteou administrativamente a reconsideração da decisão que fez cessar o benefício que percebia, momento em que lhe foi negada tal pretensão, uma vez que a perícia médica realizada concluiu pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não trata do procedimento conhecido como alta programada.
- III - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.
- IV - A recorrente, auxiliar de enfermagem, nascida em 19/02/1966, afirma ser portadora de transtorno esquizoafetivo tipo depressivo e transtorno dissociativo (conversivo).
- V - Os atestados médicos que instruíram o agravo não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa atual.
- VI - O Instituto indeferiu o pleito na via administrativa, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.
- VII - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.
- VIII - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.
- IX - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.
- X - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetida a agravante.
- XI - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00033 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020272-44.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020272-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : ANTONIO DE PADUA BARQUETA
ADVOGADO : VALTER SILVA DE OLIVEIRA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 5 VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00028520420104036183 5V Vt SÃO PAULO/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

- I - O agravante recebeu auxílio-doença no período de 06/06/2008 a 18/02/2009, sendo que em 04/02/2009, 11/03/2009, 24/11/2009 e 14/01/2010, pleiteou administrativamente a reconsideração da decisão que fez cessar o benefício que percebia, momentos em que lhe foram negadas tais pretensões, uma vez que as perícias médicas realizadas concluíram pela inexistência de incapacidade para o trabalho. O caso em tela não trata do procedimento conhecido como alta programada.
- II - Não restaram evidenciados elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança das alegações.
- III - O recorrente, nascido em 03/10/1963, afirma ser portador de seqüelas de fratura na patela e no rádio distal esquerdos, apresentando dor e limitação de movimentos, após haver se submetido a procedimento cirúrgico em maio de 2008.
- IV - Os atestados médicos que instruíram o agravo não demonstram de forma inequívoca sua incapacidade laborativa atual.
- V - O Instituto indeferiu o pleito na via administrativa, por diversas vezes, ante a constatação de ausência de incapacidade laborativa, pelo que merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.
- VI - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.
- VII - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.
- VIII - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

IX - Deverá ser providenciado novo exame na esfera administrativa, sem prejuízo da perícia judicial a que será submetido o agravante.

X - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00034 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020490-72.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.020490-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AGRAVANTE : GERONCIO AMANCIO DA SILVA

ADVOGADO : IRAILSON DOS SANTOS RIBEIRO

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : AUGUSTO CESAR VIEIRA MENDES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SAO VICENTE SP

No. ORIG. : 91.00.00092-3 2 Vr SAO VICENTE/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

I - Agravo legal interposto da decisão que reconheceu indevida a aplicação dos juros de mora da data da conta até a inscrição do precatório no orçamento.

II - O agravante alega que a questão da incidência dos juros de mora no período acima mencionado encontra-se pendente de julgamento, à vista do reconhecimento de repercussão geral pelo C. STF. Por tal motivo, requer retratação, ou submissão do feito à julgamento pela E. Turma Julgadora.

III - O E. STF, apesar de reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de RPV ou precatório, não determinou a suspensão de recursos fundados em idêntica controvérsia.

IV - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

V - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.

VI - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.

VII - A RPV nº 20090072068 foi distribuída neste E. Tribunal Regional Federal em 28/05/2009, às 17:38:49 horas, e paga (R\$ 1.600,39) em 26/06/2009, no prazo legal. Os precatórios nº 20090072069 e 20080203759, distribuídos respectivamente em 28/05/2009, às 17:38:52 horas, e 05/12/2008, às 10:13:00 horas, foram pagos em 25/03/2010 (R\$ 54.915,59 e R\$ 78.966,26), também no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora

VIII - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

IX - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
X - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.
XI - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para dar provimento ao agravo de instrumento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00035 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020873-50.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020873-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : JOSE ELIAS CARVALHO
ADVOGADO : HENRIQUE FERINI e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO MIRANDA AMORIM SILVA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00049362420104036103 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

II - O agravante alega que desenvolveu atividades laborativas exposto ao agente nocivo tensão elétrica acima de 250 volts, junto à empresa Bandeirante Energia S/A, no período de 15/05/1984 a 22/06/2009.

III - O presente instrumento não apresenta elementos suficientes a corroborar as alegações deduzidas, de tal sorte que não há caracterização de prova inequívoca que leve a verossimilhança do direito invocado.

IV - O pedido merece exame no âmbito judicial sob o crivo do contraditório.

V - As afirmações produzidas pelo autor, agravante, poderão vir a ser confirmadas, posteriormente, em fase instrutória.

VI - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

00036 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0020978-27.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.020978-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AGRAVANTE : MARILENE PETEAN GARCIA
ADVOGADO : ISABELE CRISTINA GARCIA DE OLIVEIRA
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE BIRIGUI SP
No. ORIG. : 10.00.00168-5 3 Vr BIRIGUI/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA TUTELA ANTECIPADA.

I - A agravante alega ter implementado os requisitos necessários à concessão do benefício, vez que completou 60 anos em 27/03/2010 e implementou 187 contribuições, comprovadas mediante extrato do CNIS e guias de recolhimento juntadas aos autos.

II - O presente instrumento não apresenta elementos suficientes a corroborar as alegações deduzidas.

III - O pleito foi indeferido na via administrativa, ante a ausência de cumprimento de carência mínima, tendo sido apurado pela Autarquia um total de 128 contribuições, insuficientes à concessão do benefício.

IV - As afirmações produzidas poderão vir a ser confirmadas, posteriormente, em fase instrutória.

V - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

VI - Agravo não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00037 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022074-77.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.022074-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : DAVI FIGUEIRA KAU
ADVOGADO : RODRIGO CORREA NASARIO DA SILVA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00046683420104036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

I - O recorrente recebeu auxílio-doença no período de 06/08/2008 a 30/06/2010, cessado pelo INSS, sem antes realizar nova perícia, de forma que este caso trata do procedimento conhecido como alta programada.

II - O agravante, nascido em 19/02/1969, é portador de epilepsia e síndromes epiléticas idiopáticas, paralisia cerebral espástica, retardo mental moderado e seqüelas de fratura na clavícula, encontrando-se ao menos temporariamente impossibilitado de trabalhar, nos termos dos exames e atestados de médicos juntados e da perícia médica realizada pelo INSS.

III - Esteve em gozo de auxílio-doença previdenciário, no período de 06/08/2008 a 30/06/2010, todavia, a perícia médica realizada pelo INSS em 10/08/2010, indica que sua incapacidade laboral continuou a existir, demonstrando, assim, que, apesar de cessada a concessão do benefício, a situação anterior permaneceu inalterada

IV - A plausibilidade do direito invocado pela parte autora merece ter seu exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

V - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. *In casu*, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

VI - Reconhecida a incapacidade pela Autarquia e diante da impossibilidade da alta programada, o benefício deve ser mantido até a realização de nova perícia médica.

VII - Recurso provido.

VIII - Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00038 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022741-63.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.022741-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE
AGRAVANTE : ELAINE NUNES MAIA
ADVOGADO : ALEXANDRE FERNANDES COSTA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00036732120104036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - A agravante, teleoperadora, nascida em 17/03/1983, afirma ser portadora de transtorno de personalidade com instabilidade emocional, transtornos dissociativos ou conversivos e transtorno afetivo bipolar, a demonstração de que está acometida de alienação mental, doença para a qual não se exige o cumprimento do período de carência, demanda instrução probatória incabível, de forma que não vislumbro a caracterização de prova inequívoca que leve a verossimilhança do direito invocado.

II - Não há nos autos, notícia de interdição da agravante para os atos da vida civil, em razão de alienação mental e sequer encontra-se representada ou assistida na ação judicial proposta para a obtenção do benefício.

III - O pleito também foi indeferido na via administrativa ante a ausência de cumprimento do período de carência.

IV - O caráter alimentar não constitui óbice à concessão da tutela antecipada, não é circunstância que, *per si*, configure o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exigido pela legislação.

V - Cabe à parte autora o ônus de provar o alegado, produzindo as provas que entender pertinentes perante o Juízo *a quo*, fornecendo subsídios à formação de sua convicção.

VI - O pedido de antecipação da tutela de mérito poderá ser reapreciado em qualquer fase do processo.

VII - Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARIANINA GALANTE

Desembargadora Federal

00039 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0024825-37.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.024825-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE

AGRAVANTE : JOSE LEME TOLEDO
ADVOGADO : ZILDA DE FATIMA LOPES MARTIN ALMEIDA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RUBENS JOSE KIRK DE SANCTIS JUNIOR e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SOROCABA > 10ª SJJ> SP
No. ORIG. : 09000231219944036110 3 Vr SOROCABA/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

I - Agravo legal interposto da decisão que reconheceu indevida a aplicação dos juros de mora da data da conta até a expedição do ofício precatório.
II - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.
III - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.
IV - As RPVs nº 20090201463 e 20090201456 foram distribuídas neste E. Tribunal Regional Federal em 11/12/2009, e pagas (R\$ 347,57 e R\$ 14,83, respectivamente) em 28/01/2010, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.
V - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.
VI - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.
VII - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.
VIII - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto, da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, com quem votou a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, vencida a Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, que lhe dava provimento, para dar provimento ao agravo de instrumento.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARIANINA GALANTE
Desembargadora Federal

Boletim Nro 2840/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015934-49.2003.4.03.6183/SP
2003.61.83.015934-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : ANTONIO DE OLIVEIRA E SILVA
ADVOGADO : BRENO BORGES DE CAMARGO e outro
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
APELADO : OS MESMOS
EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES. ELETRICIDADE. COMPROVAÇÃO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. TEMPO POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98.

- A aposentadoria especial é devida aos segurados que trabalhem sob efeito de agentes nocivos, em atividades penosas, insalubres ou perigosas.
- Para o trabalho exercido até o advento da Lei nº 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia o trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa.
- Com a promulgação da Lei nº 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, por meio de formulário específico, nos termos da lei que a regulamentasse.
- Somente após a edição da MP 1.523, de 11.10.1996, tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB 40 ou DSS 8030.
- Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias.
- Conversão do tempo especial em comum. Possibilidade. Lei nº 6.887/80, mantida pela Lei nº 8.213/91 (art. 57, §5º), regulamentada pela Lei nº 9.711/98 e pelo Decreto nº 2.782/98.
- Para a atividade exercida com exposição à eletricidade, não basta simples menção em CTPS, sendo necessário que haja prova de que o trabalhador esteve submetido à tensão superior a 250 volts., nos termos do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.8.
- Atividade especial comprovada no período de 17.11.1977 a 10.10.1996. Inviável o enquadramento a partir de então, porquanto não produzido laudo técnico.
- Adicionando-se o tempo de atividade especial reconhecido, já convertido, ao período de serviço comum, tem-se, que até a entrada em vigor da EC nº 20/98, o autor laborou por 29 anos, 7 meses e 21 dias.
- Tempo posterior à EC nº 20/98 não computado. Autor com 46 anos na data da propositura da demanda.
- Denegação do benefício. Tempo de serviço insuficiente.
- Sucumbência recíproca.

ACÓRDÃO

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

Votaram as Desembargadoras Federais Vera Jucovsky e Marianina Galante.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000451-19.1998.4.03.6000/MS
1999.03.99.063465-0/MS

RELATORA : Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RIVA DE ARAUJO MANNS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MANOEL LACERDA LIMA
ADVOGADO : MARCIO SOCORRO POLLET e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE CAMPO GRANDE MS
No. ORIG. : 98.00.00451-3 3 Vr CAMPO GRANDE/MS

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM, PARA FINS DE CONTAGEM RECÍPROCA. VEDAÇÃO. ARTIGO 96, I, DA LEI Nº 8.213/91.

- A expedição da certidão de tempo de serviço, em cumprimento à sentença concessiva da ordem, não exaure o objeto do mandado de segurança, que, uma vez julgado, pode proporcionar, à Administração Pública, a tomada de providências.
- O artigo 96, inciso I, da Lei nº 8.213/91 veda expressamente o cômputo em dobro ou em condições especiais de tempo de serviço, para fins de contagem recíproca.

- Proibição legal da contagem diferenciada que decorre da impossibilidade do tempo fictício refletir em tempo de contribuição naquilo que é majorado, não podendo ser objeto da necessária compensação financeira entre o Regime Geral da Previdência Social e o da Administração Pública.
- Legalidade do ato que não expediu certidão de tempo de serviço considerando o tempo convertido em decorrência de atividades desempenhadas em condições especiais.
- Precedente unânime da 3ª Seção do TRF 3ª Região (Ação Rescisória nº 2000.03.00.000468-4, rel. Des. Federal Therezinha Cazerta, j. 12.02.2009).
- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

Votaram as Desembargadoras Federais Vera Jucovsky e Marianina Galante.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Marcia Hoffmann

Juíza Federal Convocada

SUBSECRETARIA DA 9ª TURMA

Expediente Nro 7324/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029799-11.2001.4.03.9999/SP

2001.03.99.029799-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada DIANA BRUNSTEIN

APELANTE : MARIA ORLANDA ROBERTO DE GRANDE

ADVOGADO : VANDERLEI DIVINO IAMAMOTO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RICARDO ROCHA MARTINS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 94.00.00099-6 3 Vr CATANDUVA/SP

DESPACHO

Considerando o disposto no art. 6º, parágrafo único, da Resolução TRF3 nº 213, de 23 de setembro de 2009, encaminhando-se os autos à Seção de Cálculos Judiciais, a fim de que se proceda à conferência da memória de fls. 07/09, consoante os critérios determinados pela condenação, ou, se o caso, elabore nova conta de retificação, atualizada para a mesma data.

Ultimada a diligência acima, dê-se vista às partes acerca do parecer da Contadoria.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

DIANA BRUNSTEIN

Juíza Federal Convocada

00002 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0403295-58.1995.4.03.6103/SP

2001.03.99.056265-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

PARTE AUTORA : WALDEMAR CORREIA DA CRUZ

ADVOGADO : DEISE DE ANDRADA OLIVEIRA PALAZON e outro

PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HILTON PLACIDO DE OLIVEIRA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J CAMPOS SP

No. ORIG. : 95.04.03295-8 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP
DESPACHO

Manifeste-se a autarquia previdenciária acerca do pedido de habilitação formulado pelos herdeiros de Waldemar Correia da Cruz (fls. 90/123).

São Paulo, 10 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002176-54.2001.4.03.6124/SP
2001.61.24.002176-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : JOAO BATISTA DINIZ SORFA incapaz
ADVOGADO : ANTONIO SOBRINHO ROSSIGNOLLI (Int.Pessoal)
REPRESENTANTE : LAURA LOPES DINIZ SORFA
ADVOGADO : ANTONIO SOBRINHO ROSSIGNOLLI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : PAULO FRANCISCO DE ALMEIDA JUNIOR e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO
Fls. 252/259.

Tendo em vista a manifestação do Ministério Público Federal e documentos do CNIS, digam as partes, pelo prazo sucessivo de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039137-72.2002.4.03.9999/SP
2002.03.99.039137-7/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada DIANA BRUNSTEIN
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WILSON JOSE GERMIN
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ANA SANCHES ORTIGOSA e outros
: SANTO GRACIANO
: NAIR SIMAO ALEXANDRINO
ADVOGADO : FRANCISCO ANTONIO ZEM PERALTA
: CARLOS ALBERTO SCHIAVON DE ARRUDA FALCAO

No. ORIG. : 91.00.00092-2 1 Vr BARRA BONITA/SP
DESPACHO

Considerando o disposto no art. 6º, parágrafo único, da Resolução TRF3 nº 213, de 23 de setembro de 2009, encaminhem-se os autos à Seção de Cálculos Judiciais, a fim de que se proceda à conferência da memória de fls.

244/268 do apenso, consoante os critérios determinados pela condenação, ou, se o caso, elabore nova conta de retificação, atualizada para a mesma data.

Ultimada a diligência acima, dê-se vista às partes acerca do parecer da Contadoria.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de setembro de 2010.

DIANA BRUNSTEIN

Juíza Federal Convocada

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008118-93.2002.4.03.6104/SP

2002.61.04.008118-5/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Monica Nobre
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MAURO FURTADO DE LACERDA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : RAFAEL OLIVEIRA PAVANELI DOS ANJOS incapaz
ADVOGADO : ALEXANDRE ROCHA DE ALMEIDA
REPRESENTANTE : JOSE DIONISIO DOS ANJOS
DESPACHO

Reitere-se a intimação do INSS, para manifestar-se sobre a complementação do pedido de habilitação de herdeiros formulado às fls. 233/238, prevalecendo o silêncio como concordância.

Intime-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005662-49.2002.4.03.6112/SP

2002.61.12.005662-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : JOSE CARLOS SCHIAVAO
ADVOGADO : ELADIO DALAMA LORENZO (Int.Pessoal)
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VALERIA DE FATIMA IZAR D DA COSTA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00056624920024036112 1 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP
DESPACHO

Fls. 190/194: manifestem-se as partes.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00007 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0016246-23.2003.4.03.9999/SP

2003.03.99.016246-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Monica Nobre
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PALMITAL SP
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARCIO CEZAR SIQUEIRA HERNANDES

: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : VALMIR ANTONIO GONCALVES e outros
ADVOGADO : LUIZ CARLOS MAGRINELLI
No. ORIG. : 00.00.00092-6 1 Vr PALMITAL/SP
DECISÃO

À vista da manifestação do INSS às fls. 153/154 e 205, defiro o pedido de habilitação dos herdeiros Valmir Antonio Gonçalves, Valdinei Gabriel Gonçalves, Maria Terezinha Pires, Anderson Ricardo Pires Bernini e Franciele Alminda Fernandes (fls. 121/149 e 191/199), nos termos do art. 1.055 e seguintes do CPC e, arts. 294 e 33, XVI do Regimento Interno desta Corte.

Retifique-se a autuação.

Após, aguarde-se inclusão do feito em pauta de julgamento.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001262-52.2003.4.03.6113/SP
2003.61.13.001262-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI

APELANTE : ISMAEL NUNES

ADVOGADO : GABRIELA CINTRA PEREIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : SUSANA NAKAMICHI CARRERAS e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO

Intime-se o curador provisório de Ismael Nunes, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente cópia de documento válido que o identifique civilmente e regularize sua representação nos autos, tendo em vista que não foi juntado o instrumento de mandato outorgado.

São Paulo, 08 de outubro de 2010.

LEONARDO SAFI

Juiz Federal Convocado

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001262-52.2003.4.03.6113/SP
2003.61.13.001262-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

APELANTE : ISMAEL NUNES incapaz

ADVOGADO : GABRIELA CINTRA PEREIRA

REPRESENTANTE : DJALME APARECIDO NUNES

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : SUSANA NAKAMICHI CARRERAS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO

Reconsidero o despacho de fl. 163 uma vez que já apresentado mandato outorgado através de instrumento público (fls. 152).

Proceda-se a anotação do nome do curador da parte autora.

São Paulo, 04 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003227-13.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.003227-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VINICIUS DA SILVA RAMOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : BENEVIDES TOMAZINI
ADVOGADO : ANDREIA JOAQUINA DE ANDRADE
No. ORIG. : 02.00.00072-9 1 Vr SANTO ANASTACIO/SP
DESPACHO

Manifeste-se a autarquia previdenciária acerca do pedido de habilitação formulado pelos herdeiros de Benevides Tomazini (fls. 109/122).

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00011 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0008351-74.2004.4.03.9999/SP
2004.03.99.008351-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
PARTE AUTORA : ANTONIO JOSE PEREIRA
ADVOGADO : SILVIO JOSE TRINDADE
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELIANE MENDONCA CRIVELINI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BURITAMA SP
No. ORIG. : 03.00.00111-6 1 Vr BURITAMA/SP
DESPACHO

Manifeste-se a autarquia previdenciária acerca do pedido de habilitação formulado pelos herdeiros de Antonio José Pereira (fls. 74/169 e 179/180).

São Paulo, 11 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000576-47.2004.4.03.6106/SP
2004.61.06.000576-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GERALDO FERNANDO TEIXEIRA COSTA DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : SERGIO RUEDA
ADVOGADO : BRENO GIANOTTO ESTRELA
DESPACHO

Fls. 188/193: Tendo em vista que o presente pedido de tutela antecipada é mera repetição daqueles formulados às fls. 179/184 e 167/174, deixo de apreciá-lo.

Aguarde-se o julgamento da demanda.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00013 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0006329-45.2004.4.03.6183/SP
2004.61.83.006329-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ROBERTA ROVITO OLMACHT e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : CARLOS AURICHI NETO
ADVOGADO : LUCIO ALEXANDRE BONIFACIO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SJJ>SP
No. ORIG. : 00063294520044036183 2V Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Noticiada a ausência de manifestação do INSS em relação à **tutela antecipada concedida nos presentes autos** (fl. 147), intime-se a Gerente Regional do INSS em São Paulo, Dra. Elisete Berchiol da Silva Iwai, **para cumprir referida providência impreterivelmente no prazo de até 10 (dez) dias**, uma vez que se trata da autoridade administrativa incumbida do atendimento às ordens judiciais, consoante informado no ofício PFE-INSS/ProcTribSP/Nº 108/2006, expedido em 22 de agosto do corrente a este Desembargador Federal, pelo Chefe da Procuradoria Federal Especializada do INSS (Procuradoria dos Tribunais). Consigne-se, outrossim, que o descumprimento da tutela antecipada, desta feita, implicará na responsabilização de quem de direito e conseqüente incursão nas sanções cabíveis.

Por fim, deverá a Autarquia acautelar-se no sentido de comunicar este Tribunal tão logo seja cumprida a medida de urgência.

Intime-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012409-86.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.012409-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS PUTTINI SOBRINHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : BENEDITO ARLINDO LOPES ALVARES
ADVOGADO : JOSE APARECIDO DE OLIVEIRA
No. ORIG. : 03.00.00331-7 4 Vr JUNDIAI/SP
DECISÃO

Trata-se de embargos infringentes de acórdão que, por maioria, deu parcial provimento ao recurso da autarquia para reconhecer somente o período laborado a partir de 2/8/1969, julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço proporcional.

A corrente minoritária reconheceu o período laborado a partir de 23/4/1963 (fls. 137-v: data a partir da qual o autor completou 12 anos de idade), julgando improcedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço proporcional.

O pedido formulado na inicial pretendia o reconhecimento da atividade rural a partir de 1/1/1959, com a concessão de aposentadoria proporcional aos 33 anos de serviço (fls. 09).

A sentença reconheceu todo o tempo laborado (fls. 95).

Como se vê, o acórdão modificou a sentença, pois que foi reconhecido tempo de serviço inferior ao acolhido em primeiro grau e, por consequência, rejeitado o pedido de aposentadoria por tempo de serviço proporcional.

Contudo, a matéria objeto de divergência se deu no reconhecimento do tempo de serviço rural, pois que a corrente majoritária não reconheceu o período anterior a 2/8/1969, ao passo que a corrente minoritária reconheceu o período laborado a partir de 23/4/1963 (fls. 137-v: data a partir da qual o autor completou 12 anos de idade).

Logo, o tema passível de apreciação pelos infringentes é somente o relativo ao reconhecimento do labor rural a partir de 23/4/1963 (fls. 137-v: data a partir da qual o autor completou 12 anos de idade), pois que a corrente minoritária o teve por laborado, com base na prova testemunhal e o início de prova material em nome dos pais do autor (fls. 137-v), e a corrente majoritária não o reconheceu, sob fundamento de ausência de prova - tanto material quanto testemunhal.

Ante o exposto, admito, parcialmente, os infringentes, nos limites da divergência acima alinhavados.

Providencie-se o sorteio de novo relator.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0018147-55.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.018147-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VALERIA CRUZ
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : NELSON HERRERO
ADVOGADO : VITORIO MATIUZZI
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SALTO SP
No. ORIG. : 01.00.00071-8 2 Vr SALTO/SP
DESPACHO
Fls. 92/98: manifeste-se o INSS.

Intime-se.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026986-69.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.026986-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Monica Nobre
APELANTE : ANTONIO ALIPIO DE SOUZA
ADVOGADO : NEUZA PEREIRA DE SOUZA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SANCHES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 03.00.00158-1 1 Vr GUARARAPES/SP

DESPACHO

Manifeste-se o INSS sobre a petição de fls. 127/131, bem como sobre o CNIS/Dataprev de fls. 136.
Intime-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012608-47.2005.4.03.6107/SP
2005.61.07.012608-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : WALDEMAR JOSE DE PAULA
ADVOGADO : CLAUDIO LUCIO DA SILVA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAFAEL SERGIO LIMA DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO

Fls. 191/197: Aguarde-se o julgamento do agravo legal oposto às fls. 176/188.
Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00018 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0005314-20.2005.4.03.6114/SP
2005.61.14.005314-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
PARTE AUTORA : MARIA FRANCISCA SILVERIO
ADVOGADO : GILBERTO ORSOLAN JAQUES e outro
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RIVALDO FERREIRA DE BRITO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00053142020054036114 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DESPACHO

Fls. 283/286 - Dê-se vista a parte autora.
Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00019 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004308-62.2005.4.03.6183/SP
2005.61.83.004308-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANA AMELIA ROCHA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ROSE MARIE FRANCIOLI
ADVOGADO : PATRICIA EVANGELISTA DE OLIVEIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SJJ>SP
No. ORIG. : 00043086220054036183 1V Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 526/530 - Manifeste-se o INSS.
Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015429-51.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.015429-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : JOAO PINTO RODRIGUES FILHO
ADVOGADO : RENATO MATOS GARCIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DEONIR ORTIZ
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 05.00.00036-1 4 Vr FERNANDOPOLIS/SP
DESPACHO
Converto o julgamento em diligência.

Diga o INSS sobre os documentos juntados às fls. 123/135.
Após, tornem conclusos.
Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021121-31.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.021121-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANTONIO CASSIANO DO CARMO RODRIGUES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : TEREZA RODRIGUES PEREIRA
ADVOGADO : JOSE SOARES DE SOUSA
No. ORIG. : 04.00.00101-5 1 Vr VALPARAISO/SP
DESPACHO
Junte a autora, em 10 (dez) dias, cópia da certidão de casamento.
Após, voltem conclusos.
Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030990-18.2006.4.03.9999/SP
2006.03.99.030990-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SANCHES

: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JOAO JOSE DA ROCHA
ADVOGADO : ELIANE REGINA MARTINS FERRARI
No. ORIG. : 05.00.00001-1 1 Vr BURITAMA/SP
DESPACHO

Manifeste-se a autarquia previdenciária acerca do pedido de habilitação formulado pelos herdeiros de João José da Rocha (fls. 101/112).

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006394-82.2006.4.03.6114/SP
2006.61.14.006394-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Monica Nobre
APELANTE : MARCELO DOS SANTOS STEINHOFF incapaz
ADVOGADO : ALEXANDRE SABARIEGO ALVES e outro
REPRESENTANTE : ROSA DOS SANTOS STEINHOFF
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : BRUNO CESAR LORENCINI e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DESPACHO
Fls. 169/172 - Dê-se ciência ao autor.
Intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00024 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0008477-22.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.008477-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE CATANDUVA SP
PARTE AUTORA : HILDE BATISTA JUNQUEIRA
ADVOGADO : BENEDITO APARECIDO GUIMARÃES ALVES
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ADEVAL VEIGA DOS SANTOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 03.00.00315-3 1 Vr CATANDUVA/SP

DESPACHO

Considerando que os valores de benefícios não recebidos em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos sucessores na forma da lei civil (art. 112 da Lei nº 8.213/91) portanto não se aplicando, neste caso, as regras do direito de família, defiro o pedido de habilitação formulado pela herdeira de Arthur Junqueira Filho, dependente previdenciária Hilde Batista Junqueira, ficando determinada a retificação da autuação e as anotações necessárias.

Nesse sentido, precedentes do STJ e TRF3: (REsp nº 496.030 - 200300143747, REsp nº 163.128 - 199800072705 e AC 426224 - 98030514938).

Int.

São Paulo, 14 de outubro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031809-18.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.031809-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ELIANE MENDONCA CRIVELINI
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : MARIA REGINA FARIA incapaz

ADVOGADO : ELIANE REGINA MARTINS FERRARI

REPRESENTANTE : MARINES OLIVEIRA DE FARIA

No. ORIG. : 05.00.00099-2 1 Vr BURITAMA/SP

DESPACHO

Em consulta ao CNIS (doc. anexo), verifica-se que o companheiro da autora tem vínculo de trabalho com TRANSPORTADORA 2 MARINS LTDA - ME, de 17-03-2008 a 31-08-2008, auferindo salário de R\$ 739,00 (setecentos e trinta e nove reais) mensais, com CONSTRUTORA ELIFRAN LTDA, de 14-10-2009 a 09-12-2009, percebendo o valor de R\$ 970,00 (novecentos e setenta reais) mensais, e, desde 21-05-2010, com AC GALLO EMPREITEIRA - ME, auferindo, em set/10, salário de R\$ 991,44 (novecentos e noventa e um reais e quarenta e quatro centavos). Digam as partes, pelo prazo sucessivo de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos.
Int.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035762-87.2007.4.03.9999/SP
2007.03.99.035762-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARGARETE DE CASSIA LOPES GOMES DE CARVALHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : JOAO BATISTA DE OLIVEIRA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : JOAO LUCAS TELLES

No. ORIG. : 06.00.00070-8 1 Vr PACAEMBU/SP

DECISÃO

Presentes os requisitos do art. 530 do CPC, admito os embargos infringentes (fls. 144/148).

Nos termos do arts. 533 do CPC e 260, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, providencie-se o sorteio de novo relator.
Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001743-91.2007.4.03.6107/SP
2007.61.07.001743-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : TIAGO BRIGITE e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : NIVALDO CORREIA DE LIMA incapaz
ADVOGADO : MATIKO OGATA
REPRESENTANTE : MARIA DE JESUS LIMA
ADVOGADO : MATIKO OGATA e outro
No. ORIG. : 00017439120074036107 2 Vr ARACATUBA/SP
DESPACHO
Fls. 193/198.

Tendo em vista a manifestação do Ministério Público Federal e documentos do CNIS, digam as partes, pelo prazo sucessivo de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00028 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0003006-07.2007.4.03.6125/SP
2007.61.25.003006-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA MOREIRA DOS SANTOS REYNALDO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : WALDIR MEDEIRO DE BARROS
ADVOGADO : FERNANDO ALVES DE MOURA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE OURINHOS - 25ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00030060720074036125 1 Vr OURINHOS/SP
DESPACHO
Fls. 233/239.

Tendo em vista a manifestação do Ministério Público Federal e documentos do CNIS, digam as partes, pelo prazo sucessivo de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00029 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000279-72.2007.4.03.6126/SP
2007.61.26.000279-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : AGENOR HERREIRA

ADVOGADO : WILSON MIGUEL e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIA CAMILA COSTA DE PAIVA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SJJ>SP
DESPACHO
Fls. 351/355.
Manifeste-se o INSS. Prazo: 15 (quinze) dias.
Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00030 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005713-29.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.005713-3/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada Monica Nobre
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ARTHUR LOTHAMMER
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : DAMIAO COSTA
ADVOGADO : SORAIA TARDEU VARELA
REMETENTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE DIADEMA SP
No. ORIG. : 07.00.00060-3 1 Vr DIADEMA/SP

DESPACHO
Manifestem-se as partes sobre as informações obtidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS da
DATAPREV.
Intimem-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0055728-02.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.055728-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
APELANTE : ISABEL NERES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : FERNANDO APARECIDO BALDAN
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SANCHES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 07.00.00033-8 2 Vr PENAPOLIS/SP

DESPACHO
Fls. 126/131.

Tendo em vista a manifestação do Ministério Público Federal e documentos do CNIS, digam as partes, pelo prazo
sucessivo de 10 (dez) dias.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0058444-02.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.058444-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FABIANA BUCCI BIAGINI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MARIA LIZA DA SILVA
ADVOGADO : RONALDO ARAUJO DOS SANTOS
No. ORIG. : 07.00.00059-1 1 Vr PONTAL/SP

DESPACHO

Encaminhe-se a autos à Seção de Registro Taquigráfico, a fim de que se proceda a degravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas existentes na mídia digital localizada na contracapa do processo.

Com a vinda das informações, manifestem-se as partes, no prazo de 5 (cinco) dias.

Após, conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0058995-79.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.058995-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : ADELIA DOS SANTOS DE PAULA E SILVA
ADVOGADO : JOAO AFONSO DE SOUZA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : REGIANE CRISTINA GALLO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 06.00.00190-6 1 Vr GUARA/SP

DESPACHO

Fls. 113/147: vista à parte autora.

Int.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0060404-90.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.060404-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : NELSON NUNES DOS SANTOS
ADVOGADO : GLEIZER MANZATTI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SANCHES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 01.00.00179-3 1 Vr GUARARAPES/SP

DESPACHO

Conforme requerido pelo Ministério Público Federal, às fls. 258/259, converto o julgamento em diligência para que a parte autora regularize sua representação processual, tendo em vista a incapacidade atestada.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0061182-60.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.061182-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARGARETE DE CASSIA LOPES GOMES DE CARVALHO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : BENEDITO CAMARGO DE CASTRO

ADVOGADO : CASSIA REGINA PEREZ DOS SANTOS FREITAS (Int.Pessoal)

No. ORIG. : 04.00.00047-6 1 Vr PANORAMA/SP

DESPACHO

Fls. 136/137: Oficie-se ao INSS, a fim de que cumpra a tutela específica concedida a fl. 88.

Fls. 143/161: Tendo em vista que já ordem para a imediata implantação do benefício já foi dada, dou por prejudicado o pedido de tutela antecipada.

Intime-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

NELSON BERNARDES DE SOUZA

Desembargador Federal

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008316-96.2008.4.03.6112/SP

2008.61.12.008316-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : VALERIA DE FATIMA IZAR D DA COSTA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : AVELINA FLAUZINA DOS SANTOS RODRIGUES incapaz

ADVOGADO : WELLINGTON LUCIANO SOARES GALVAO e outro

REPRESENTANTE : MILTON JOAQUIM RODRIGUES

ADVOGADO : WELLINGTON LUCIANO SOARES GALVAO e outro

No. ORIG. : 00083169620084036112 1 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DESPACHO

Fls. 119/123: manifestem-se as partes acerca do documento juntado pelo Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00037 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001037-26.2008.4.03.6123/SP

2008.61.23.001037-4/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : OSIEL ROQUE DA SILVA
ADVOGADO : EVELISE SIMONE DE MELO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VLADIMILSON BENTO DA SILVA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00010372620084036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP

DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre as informações obtidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS da DATAPREV.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00038 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002641-97.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.002641-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIS ENRIQUE MARCHIONI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MARIA JULIA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA LUCIA DELFINA DUARTE SACILOTTO
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE ITAPOLIS SP
No. ORIG. : 07.00.00121-4 2 Vr ITAPOLIS/SP

DESPACHO

Fl. 136: ciência ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00039 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021863-51.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.021863-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FABIO VIEIRAS BLANGIS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ANTONIO VEIGA LOURENCO
ADVOGADO : LEANDRO FERNANDES DE CARVALHO
No. ORIG. : 08.00.00047-1 2 Vr ADAMANTINA/SP

DESPACHO

Fls. 109/188: Manifeste-se a parte autora.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

NELSON BERNARDES DE SOUZA

Desembargador Federal

00040 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039527-95.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.039527-4/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : IVANILDA RODRIGUES SERAFIM
ADVOGADO : JORGE JESUS DA COSTA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LESLIENE FONSECA DE OLIVEIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 06.00.00215-3 1 Vr SAO JOAQUIM DA BARRA/SP
DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre os documentos juntados às fls. 183, conforme requerido pelo Ministério Público Federal (fls. 180/182).
Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00041 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004474-07.2009.4.03.6005/MS
2009.60.05.004474-8/MS

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : EFIGENIA DE JESUS ORTEGA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO SILVA GIMENEZ e outro
CODINOME : EFIGENIA DE JESUS ORTEGA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : IGOR PEREIRA MATOS FIGUEREDO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00044740720094036005 1 Vr PONTA PORA/MS
DESPACHO

Tendo em vista que a parte Apelante é pessoa não alfabetizada, regularize-se a sua representação processual, com a juntada aos autos de procuração por instrumento público, devendo, ainda o i. patrono da parte ratificar todos os seus atos.
Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00042 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008415-26.2009.4.03.6114/SP
2009.61.14.008415-4/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : RIDALVA DAMIAO DE LIMA OLIVEIRA
ADVOGADO : ALEXANDRE SABARIEGO ALVES e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIO EMERSON BECK BOTTION e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00084152620094036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP
DESPACHO
Fls. 56/59 - Manifeste-se o INSS.
Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00043 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0009807-83.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.009807-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
PARTE AUTORA : JOSE MARCELINO DA SILVA
ADVOGADO : MARIA DO CARMO GOULART MARTINS (Int.Pessoal)
: ANNE ELISABETH NUNES DE OLIVEIRA (Int.Pessoal)
: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JONE FAGNER RAFAEL MACIEL e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00098078320094036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DESPACHO

Oficie-se ao INSS, instruindo com cópia das fls. 203/208, para que informe, no prazo de 10 dias, se houve o efetivo cumprimento da ordem judicial.

Com a vinda das informações, ciência à parte autora.

São Paulo, 20 de outubro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00044 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0023893-49.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.023893-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARCELO JOSE DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : MARIA APARECIDA PINTO RANGEL
ADVOGADO : ANTONIO MARCOS DA SILVA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE MARILIA Sec Jud SP
No. ORIG. : 00031666920104036111 2 Vr MARILIA/SP
DESPACHO

Intimada da decisão monocrática (artigo 557 do C.P.C.) de fls. 131/132, a qual deu provimento ao agravo de instrumento, interposto pelo INSS, revogando a tutela antecipada concedida, a agravada apresenta contrarrazões ao recurso e requer a reconsideração da decisão.

Consoante disposto no § 1o., do artigo 557 do C.P.C., da decisão monocrática proferida pelo Relator do recurso, cabe agravo, no prazo de 5 dias.

In casu, a agravada não manejou o recurso cabível e, ainda que se aplicasse o princípio da fungibilidade recursal, a fim de receber as contrarrazões recursais como agravo legal, o mesmo não seria conhecido por falta de um pressuposto extrínseco de admissibilidade, qual seja: tempestividade, eis que a decisão de fls. 131/132, foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3a. Região, em 21/09/2010 (fl. 133) e, considerando-se a data da publicação o primeiro dia útil subsequente, nos termos do artigo 4o., §§ 3o. e 4o, da Lei 11.419/2006, o prazo para interposição do agravo legal expiraria para a autora, ora agravada, em 27/09/2010, porém, o protocolo ocorreu em 30/09/2010.

Assim considerando, nada a decidir quanto às fls. 134/138. Cumpra-se o disposto na decisão de fls. 131/132.

Intimem-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00045 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027244-30.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027244-1/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : HELENICE DE OLIVEIRA
ADVOGADO : EDSON ROBERTO REIS e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VILMA APARECIDA FABBRIZZI SOUZA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE BAURU Sec Jud SP
No. ORIG. : 00055960320104036108 1 Vr BAURU/SP
DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por HELENICE DE OLIVEIRA contra a r. decisão de fl. 84 de 1ª Instância que, nos autos da ação revisional de benefício previdenciário, ratificou os atos decisórios anteriores por seus próprios fundamentos.

Aduz a Agravante que a autarquia ajuizou ação revisional com o intuito de tornar ineficaz decisão transitada em julgado e passível de revisão unicamente pela via de ação rescisória, cujo prazo decadência já havia transcorrido. Sustenta ainda que a decisão agravada está baseada unicamente em indício de fraude, restando imprescindível a dilação probatória para a necessária produção de provas.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o relatório. Decido.

Por primeiro, comprovado que a autora reside em Bauru e o Juízo Estadual é absolutamente incompetente nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, os atos decisórios proferidos por aquele juízo são nulos (art. 113, § 2º do CPC).

Todavia, uma vez ratificados pelo juízo competente, inicia-se a contagem do prazo para eventual interposição de recurso, logo, reconheço a tempestividade do presente agravo.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

No caso dos autos, postula o Agravante o imediato restabelecimento da aposentadoria por tempo de contribuição, computando-se o período (01.09.1970 a 31.01.1977) laborado em atividade rural.

Ocorre que a suspensão do benefício da aposentadoria por tempo de serviço deu-se em decorrência de suspeita de falsidade documental havida na ação que originou a obrigação do agravado em pagar benefício previdenciário.

A verossimilhança da alegação da autarquia de falsidade documental está demonstrada na medida em que a própria segurada admite, em seu depoimento na Delegacia da Polícia Federal (fl.80), que entregou a sua CTPS aos patronos sem a respectiva inscrição do período de trabalho discutido, embora afirme que efetivamente trabalhou para o empregador.

Ressalte-se que em face do interesse público que envolve a matéria previdenciária e os recursos fazendários, não se admite a possibilidade de pagamento indevido de benefício previdenciário, com o que ocorreria verdadeiro enriquecimento sem causa dos agravantes.

Portanto necessária uma análise cuidadosa dos diversos documentos, com oitiva de testemunhas e a eventual realização de prova pericial a ser produzida em primeira instância.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, converto em retido o presente Agravo de Instrumento.

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intime-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00046 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029969-89.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.029969-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
AGRAVANTE : APPARECIDA IMACULADA ULBRINK BIBIANO
ADVOGADO : MARCOS CESAR GARRIDO e outro
CODINOME : APPARECIDA IMMACULADA ULBRINK BIBIANO
SUCEDIDO : LAZARO BIBIANO FILHO falecido
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS DA MATTA NUNES DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARARAQUARA - 20ª SJJ - SP
No. ORIG. : 00008355820084036120 1 Vr ARARAQUARA/SP

DESPACHO

Requisitem-se informações do Juízo *a quo* e intime-se o agravado para que responda na forma do art. 527, V, do CPC.

Após, se em termos, voltem conclusos para apreciação do pedido de efeito suspensivo.

Int.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS

Desembargadora Federal

00047 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031351-20.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.031351-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MAURICIO SIGNORINI PRADO DE ALMEIDA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : MARINALDA LOUZADA ALLY
ADVOGADO : LEANDRA MERIGHE e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00056342120104036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão de fl.19 verso e 20 que deferiu o pedido de antecipação de tutela, para a implantação do auxílio-doença à parte autora.

Em prol de seu pedido, sustenta, em síntese, que a perícia médica do INSS constatou a capacidade da autora, razão pela qual não foi concedido o benefício, ato este que goza de presunção de veracidade, sendo que os documentos acostados aos autos não são aptos a comprovar a existência de incapacidade, pois produzidos de forma unilateral. Colaciona jurisprudência à respeito.

Requer a concessão do efeito suspensivo, tendo em vista o risco de irreversibilidade do provimento.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

O benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

Para a aquisição do direito a esse benefício, é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos requisitos essenciais, quais sejam: carência de doze contribuições mensais e incapacidade total e temporária, por mais de quinze dias.

O MM. Juiz "a quo" embasou a sua decisão nos documentos acostados aos autos, dos quais concluiu no sentido da presença dos requisitos que ensejam a concessão da medida, posto que demonstraram que a autora está incapacitada para o trabalho.

Com efeito, os atestados médicos de fl.14 e 14-verso, posteriores à perícia, informam que a autora é portadora de bronquiestasia com insuficiência respiratória crônica restritiva. O atestado de fl.14 declara que a autora apresenta incapacidade para realizar médios esforços.

Embora a perícia médica realizada pelo INSS (fl.16) tenha concluído pela capacidade da autora, entendo que, em princípio, deve ser mantida a decisão agravada, em razão da doença que acomete a autora e da profissão que exerce, como doméstica (fl.17 verso) .

Ademais, o risco de lesão a segurada supera, em muito, eventual prejuízo material do agravante, que sempre poderá compensá-lo em prestações previdenciárias futuras.

A qualidade de segurada restou incontestada em face da cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de fls.17-verso, onde consta o vínculo empregatício iniciado em 01.10.2007, sem data de encerramento, demonstrando ter cumprido o período de carência exigido para a concessão do benefício pleiteado.

Saliente-se, ainda, que a exigência da irreversibilidade inserta no § 2º, do art. 273 do Código de Processo Civil não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" (STJ-2ª T., Resp nº 144-656-ES, rel. Min. Adhemar Maciel, in DJ de 27/10/97)" (NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. nota 20 ao art. 273, § 2º, p.378).

Havendo indícios de irreversibilidade, para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. **In casu**, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente Agravo de Instrumento.**

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00048 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031710-67.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.031710-2/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FABIO ALMANSA LOPES FILHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : CLAUDIO CARDINALLI incapaz
ADVOGADO : GLAUCIA SUDATTI e outro
REPRESENTANTE : IRMA BEDORE DE ALCANTARA
ADVOGADO : GLAUCIA SUDATTI e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SANTO ANDRÉ>26ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00042194020104036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL contra a r. decisão de fl.53/54-verso que concedeu a liminar para o restabelecimento do benefício de pensão por morte.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que o filho perde a qualidade de dependente ao se emancipar, mesmo que inválido, o que, por consequência, retira-lhe o direito ao recebimento de pensão por morte. Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o breve relatório.
Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

Nesta análise perfunctória do feito entendo deva ser mantida a r. decisão proferida no primeiro grau.

Discute-se nestes autos a decisão que deferiu a liminar em mandado de segurança para o restabelecimento do benefício de pensão por morte.

O ato administrativo que culminou com o cancelamento do benefício de pensão por morte concedido ao agravado tem natureza sancionatória e está submetido às normas constitucionais do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, não havendo, nessa parte, discricionariedade do administrador, mas sim atividade administrativa vinculada.

Portanto, ao administrado deve ser oportunizada a manifestação sobre todos os atos do processo administrativo, produzindo sua defesa e participando da fase probatória com os recursos e meios a ela inerentes, como quer a Constituição Federal, só possível dentro do contraditório.

No caso dos autos, verifico das informações prestadas pela autoridade coatora às fl. 50, que não houve processo administrativo, com contraditório quando do cancelamento do benefício. Declara a autarquia que durante a revisão efetuada, verificou-se que a concessão fora indevida, portanto, foi providenciada a suspensão do benefício e bloqueados os valores.

Assim, a cessação do benefício ocorreu com violação do devido processo administrativo, sem a possibilidade do autor, ora agravado, exercer o contraditório e a ampla defesa.

Somente pode-se ter por obedecido o devido processo legal com o encerramento do processo administrativo, mesmo porque a interposição de recurso é um dos meios de se assegurar o seu pleno exercício.

Portanto, não havendo processo administrativo, não há que se falar em suspensão do benefício.

Nesse sentido, trago à colação a jurisprudência:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EFEITOS PATRIMONIAIS DO MANDAMUS CONTADOS DA IMPETRAÇÃO. SÚMULA 271/STF. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual, em tema de suspensão ou cancelamento de benefício previdenciário por suspeita de fraude ou irregularidade, por repercutir no âmbito dos interesses individuais do segurado, impõe-se a prévia observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

2. "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula 271/STF).

3. Recurso ordinário provido. Segurança concedida em parte".

(STJ - Classe: ROMS - Processo: 200501414203 Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA DJ DATA:07/05/2007 PÁGINA:336)

Ademais, a lesão causada ao autor, configurada pelo cancelamento da pensão por morte, supera em muito eventual prejuízo material do agravante.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente agravo de instrumento.**

Intime-se o Ministério Público Federal, para ciência da decisão.

Com as devidas anotações remetam-se os autos ao MM Juízo de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00049 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032019-88.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032019-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : ADEMIR GODOY
ADVOGADO : WILSON MIGUEL e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00047640720084036183 2V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Vistos, em decisão.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ADEMIR GODOY contra a decisão de primeira instância de fl. 45 que, nos autos da ação de benefício previdenciário, determinou que o autor juntasse aos autos o processo administrativo. Em prol de seu pedido aduz o agravante que tentou por todos os meios obter cópias do processo administrativo, porém suas tentativas restaram infrutíferas. Aduz ainda a possibilidade do magistrado determinar a juntada das cópias, conforme preleciona o artigo 130 do Código de Processo Civil .

Requer a concessão do efeito ativo.

Trata-se de recurso de agravo, interposto na vigência da Lei nº 11.187, em que se verifica a ausência dos requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento. Atuo com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor à agravante lesão grave e de difícil reparação.

No caso dos autos, postula o agravante a intimação do agravado, para que apresente cópia do processo administrativo, que se encontra em poder da Autoridade Administrativa na Agência da Previdência Social.

O artigo 399, inciso II, do Código de Processo Civil, dispõe acerca do poder conferido ao juiz de requisitar às repartições públicas os procedimentos administrativos.

Entretanto, não é lícito à parte transformar o juiz num preposto para sua obtenção. Assim, o dever do juiz, de requisitar tais documentos, depende do exame de sua necessidade e da dificuldade ponderável de ser o processo administrativo obtido diretamente pela parte.

Entendo que decisão do MM. juiz **a quo** deve ser mantida, eis que não está o magistrado compelido a requisitar as referidas cópias, sem que reste demonstrado pela parte requerente a impossibilidade de obter diretamente os documentos que entende lhe serem úteis -Revista do Superior Tribunal de Justiça 23/249.

Ressalte-se ainda, que o processo administrativo é regido pelo princípio da publicidade, devendo ser garantido ao segurado vista dos autos quando solicitado. Apenas será requisitado pelo juiz, quando houver recusa do Instituto Nacional do Seguro Social, o que não restou demonstrado nos autos.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187 que alterou os artigos 522 e 527, II do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente agravo de instrumento.**

Com as devidas anotações remetam-se os autos à vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00050 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032020-73.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.032020-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

AGRAVANTE : CARLOS ROBERTO SILVA

ADVOGADO : PAULO ROBERTO MAGRINELLI e outro

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ASSIS Sec Jud SP

No. ORIG. : 00004014720094036116 1 Vr ASSIS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, indeferiu a complementação da perícia.

Sustenta o agravante, em síntese, que o laudo pericial não é conclusivo quanto à sua incapacidade, e que deveriam ter sido solicitados exames médicos específicos e complementares.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

No caso em exame, verifica-se que o MM. Juiz "a quo" indeferiu a realização de nova perícia consignando que não está vinculado à prova produzida, prevalecendo o princípio da livre persuasão racional.

É assente que para a comprovação de eventual incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência é necessária a produção de prova pericial. Desta forma, o laudo pericial deve ser elaborado de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta, e por fim, responder os quesitos apresentados pelas partes e, eventualmente, pelo Juiz.

Nesse passo, observo que o agravante alega ser portador de mal de Parkinson e que o perito, através do laudo pericial elaborado, concluiu, após análise do quadro clínico do agravante, bem como exame físico geral, que o mesmo é

portador da doença indicada, mas que não apresenta incapacidade para a sua atividade habitual, pois referida doença é passível de controle, mediante o tratamento adequado.

Observo, também, que o *expert* judicial respondeu aos quesitos formulados pelas partes e pelo Juízo, elaborando um laudo completo quanto às condições físicas do agravante, sendo suficiente para o deslinde da controvérsia.

Acresce relevar que o julgador não está adstrito às conclusões do laudo pericial, e pode formar sua convicção através da análise do conjunto probatório dos autos, quando reputar necessário.

Neste sentido, reporto-me aos julgados que seguem:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERPOSTO COM FULCRO NO ART. 557 § 1º DO CPC. DECISÃO FUNDAMENTADA. PERÍCIA MÉDICA REALIZADA NO IMESC. DESNECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

I - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

II - Não merece reparos a decisão recorrida que negou seguimento ao agravo interposto pela parte autora, mantendo a decisão de primeira instância que indeferiu pedido de produção de nova perícia médica. Precedentes desta Corte.

III - Cabe ao juiz, destinatário da prova, verificar a necessidade e a possibilidade de sua realização ou não, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, nos termos do artigo 130, do CPC.

IV - Consta dos autos perícia médica realizada no IMESC indicando que o recorrente, trabalhador rural, nascido em 21/04/1938, é portador de insuficiência vascular venosa (varizes) em membros inferiores, com edema.

V - Concluindo o magistrado pela desnecessidade da realização de nova prova, lhe é lícito indeferi-la, não caracterizando ilegalidade ou cerceamento de defesa.

VI - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (CPC, art. 436). VII - Agravo não provido."

(AI 200803000297030, JUIZA MARIANINA GALANTE, TRF3 - OITAVA TURMA, 28/04/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AUXÍLIO-DOENÇA. NOVA PROVA PERICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. QUESITOS ADICIONAIS. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO INSS PARA JUNTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INDEFERIMENTO.

I - O laudo pericial produzido nos autos por perito de confiança do Juízo (fl. 35/37) mostra-se minucioso e completo quanto às condições físicas da autora, sendo suficiente para o deslinde da controvérsia, pois respondeu a todos os quesitos de modo coerente, abordando as matérias indagadas pelas partes de forma suficiente à correta apreciação do pedido formulado na inicial.

II - A prova produzida é apta ao convencimento do julgador, não havendo necessidade de realização de nova perícia, tampouco das demais provas requeridas pela autora, incluindo a prova testemunhal, já que é necessário prova técnica para se aferir suas condições de saúde.

III - Os quesitos adicionais apresentados transbordam os limites da lide, bem como as funções destinadas ao perito judicial na elaboração do laudo, vez que compete ao Magistrado analisar tais considerações ao apreciar o pedido.

IV - Não cabe ao Judiciário diligenciar na produção de provas, pois tal incumbência é atribuída exclusivamente às partes, vez que não se encontra em jogo interesse na "realização da justiça", mas sim, exclusivo interesse do agravante.

V - Não havendo demonstração inequívoca do exaurimento infrutífero das vias ordinárias disponibilizadas, não cabe ao juiz, por ora, a requisição dos documentos pretendidos pela parte.

VI - Agravo da autora improvido (art. 557, §1º, do CPC)."(AI 200903000429996, JUIZ SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, 30/03/2010)

Ressalte-se, por oportuno, que não há nos autos documentos que comprovem a alteração do quadro clínico do agravante, ou seu agravamento, a ensejar a realização de nova perícia.

De outra parte, o agravante poderá produzir outras provas, no decorrer da instrução processual, que demonstrem a incapacidade alegada, o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00051 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032333-34.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032333-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : EDEVALDO DA CUNHA GOUVEIA
ADVOGADO : RICARDO ALEXANDRE DA SILVA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J DA BOA VISTA>27ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00036668720104036127 1 Vr SAO JOAO DA BOA VISTA/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença, indeferiu o pedido de antecipação da tutela.

Sustenta o agravante, em síntese, a presença dos pressupostos necessários à concessão da antecipação da tutela. Alega que faz jus ao benefício de auxílio-doença, eis que incapaz para o trabalho.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Nos termos do que preceitua o art. 273, "caput", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio-doença, de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não serem a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas.

Vale dizer, o auxílio - doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insusceptível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até ser considerado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss da Lei nº 8.213/91).

Nesse contexto, verifico pelo documento de fl. 56 "Comunicação de Decisão" expedido pelo INSS, em 12/08/2010, que não foi reconhecido o direito ao benefício de auxílio-doença, tendo em vista a inexistência de constatação, em exame realizado pela perícia médica do INSS, a incapacidade do autor para o trabalho ou para a sua atividade habitual.

A r. decisão agravada (fl. 12) indeferiu a tutela antecipada considerando que, em sede de cognição sumária, prevalece o caráter oficial da perícia realizada pelo INSS que não reconheceu a incapacidade laborativa, além do que, a inaptidão para a concessão do auxílio-doença implica realização de prova pericial a ser realizada no curso do processo.

De fato, a decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, conclusão essa calcada em elementos de prova carreados aos autos.

Observo pelos atestados médicos, acostados às fls. 37/39 e fls. 41/42, que os mesmos são anteriores a perícia do INSS e, o de fl. 40, não obstante seja posterior, apenas informa que o autor está em acompanhamento psiquiátrico e psicológico com prescrição de medicamentos, sem, contudo, atestar a incapacidade laboral.

Acresce relevar que não há dúvida de que o agravante poderá produzir outras provas, no decorrer da instrução processual, que demonstrem a incapacidade alegada, o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Em decorrência, não antevejo a verossimilhança da alegação a deferir a antecipação dos efeitos da tutela pretendida. A propósito, este Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que "***Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pelo agravado, o mesmo não faz jus à implantação do benefício mediante a concessão de tutela antecipada***". (TRF3, 2ª Turma, AG nº 2000.03.00.059085-8, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 06/12/2002, p. 511).

Assim, não restou comprovado o perigo de dano irreparável a ensejar a concessão do efeito suspensivo ativo, devendo ser mantida a decisão agravada.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00052 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0032495-29.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.032495-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAFAEL DUARTE RAMOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : VICENTE FERREIRA BARROS
ADVOGADO : OLENO FUGA JUNIOR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE VIRADOURO SP
No. ORIG. : 06.00.00077-7 1 Vr VIRADOURO/SP

DESPACHO

Requisitem-se informações do Juízo *a quo*, esclarecendo, inclusive, se o INSS foi intimado pessoalmente da decisão proferida às fls. 126 do processo originário, e intime-se o agravado para que responda na forma do art. 527, V, do CPC.

Após, se em termos, novamente conclusos para apreciação do pedido de efeito suspensivo.

Int.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00053 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033247-98.2010.4.03.0000/MS
2010.03.00.033247-4/MS

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE

AGRAVANTE : JOSE RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : FELIX FRANCISCO DE MENEZES NETO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BATAGUASSU MS
No. ORIG. : 10.00.02593-0 1 Vr BATAGUASSU/MS
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSE RODRIGUES DA SILVA contra a r. decisão de fls.40/43 que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para a implantação do benefício de auxílio-doença à parte autora.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que os documentos acostados aos autos comprovam a qualidade de segurado, assim como a sua incapacidade para o trabalho, fazendo jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença. Sustenta, por fim, o caráter alimentar do benefício.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

O MM. Juiz "a quo" indeferiu o pedido de tutela, com fundamento na ausência dos requisitos que ensejam a sua concessão, em especial, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

O benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo desses requisitos essenciais, quais sejam: carência de doze contribuições mensais e incapacidade total e temporária, por mais de quinze dias.

Segundo consta da inicial, o autor exerceu atividade rural em regime de economia familiar. A situação dos rurícolas modificou-se após a edição da Lei n.º 8.213/91. O trabalhador rural passou a integrar sistema único, com os mesmos direitos e obrigações dos trabalhadores urbanos, tornando-se segurado obrigatório da Previdência Social.

Nesse passo, a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença para os trabalhadores rurais, se atendidos os requisitos essenciais, encontra respaldo na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte: STJ/ 5ª Turma, Processo 200100465498, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/10/2001; STJ/5ª Turma, Processo 200200203194, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 28/04/2003; TRF-3ª Região/ 9ª Turma, Processo 20050399001950-7, rel. juíza Marisa Santos, DJ 10/10/2005; TRF-3ª Região/ 8ª Turma, Processo nº 200403990027081, rel. juiz Newton de Lucca, DJ 11/07/2007; TRF-3ª Região/ 10ª Turma, Processo 200503990450310, rel. juíza Annamaria Pimentel, DJ 30/05/2007.

A qualidade de segurado restou demonstrada na medida em que os documentos juntados aos autos comprovam o serviço rural, em período necessário ao cumprimento da carência exigida para a concessão do benefício pleiteado.

A questão controvertida cinge-se, apenas, à incapacidade total e temporária do autor, para as suas atividades laborativas.

No caso, pelos documentos carreados aos autos até o momento, não vislumbro verossimilhança nas alegações a ensejar a concessão da medida postulada.

Com efeito, há apenas um atestado médico de fl. 38 que informa as doenças do autor e que recomenda repouso para tratamento. Contudo, é inconsistente, por si só, para comprovar de forma inequívoca a verossimilhança das suas alegações.

Assim, faz-se necessária a instrução processual, com a realização de perícia judicial, mediante dilação probatória, oportunizando-se o contraditório para a comprovação da alegada incapacidade.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, converto em retido o presente Agravo de Instrumento.

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00054 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033253-08.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033253-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : ALICE VESCO FUKUMA
ADVOGADO : ALEX FOSSA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE PRES. PRUDENTE SP
No. ORIG. : 00099924520094036112 2 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, postergou a apreciação de novo pedido de tutela antecipada, para a ocasião da sentença.

Sustenta a agravante, em síntese, que inicialmente a tutela antecipada foi indeferida, porém, realizada a perícia judicial, foi constatada a sua incapacidade, o que motivou novo pedido de tutela o qual restou diferido para a ocasião da sentença. Aduz que não pode aguardar a realização de nova perícia, na especialidade médica de psiquiatria. Afirma a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada. Pugna pela antecipação da tutela recursal.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante artigo 273, "caput", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença , de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insusceptível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

A agravante alega que a perícia médica constatou a sua incapacidade laborativa total e permanente para a atividade habitual, motivo pelo qual reiterou o pedido de tutela antecipada ao Juízo *a quo*, o qual foi diferido para a ocasião da sentença.

Ocorre que, conforme perícia médica, realizada pelo Perito designado pelo R. Juízo *a quo* Dr. Oswaldo Silvestrini Tiezzi - CRM 53701, acostada às fls. 29/32, a autora, agravante, é portadora de artrose de joelho e depressão (com indicação para encaminhamento à perícia psiquiátrica), cuja **incapacidade para o trabalho é relativa e temporária devendo ser reabilitada para uma atividade que não exija esforço físico e que não seja necessário permanecer em pé por muito tempo.**

Assim considerando, sem prujízo do exame acurado pelo R. Juízo *a quo*, quando da prolação da sentença, entendo, neste exame de cognição sumária, que não restaram demonstrados os requisitos para o restabelecimento do auxílio-doença, notadamente, que a incapacidade é insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência, indicando, assim, a ausência de verossimilhança das alegações da autora.

Ressalvo que a questão merece exame acurado pelo R. Juízo *a quo*, quando da prolação da sentença, porque quando da análise do pedido de fls. 38/39 o mesmo entendeu por bem diferir a apreciação para a ocasião da sentença, bem como designou, para o dia 09/02/2011, a realização de perícia médica psiquiátrica (fl. 07), de forma que a prova pericial produzida nos autos não foi analisada em Primeiro Grau, vale dizer, tal questão não foi objeto de apreciação na decisão agravada.

Acresce relevar que não é aplicável no presente caso, por analogia, o disposto no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, bem como não se trata de matéria de competência originária, uma vez que a nulidade em questão não pode ser suprida pela instância superior, já que o pronunciamento em primeiro grau não foi efetuado pelo juiz natural do processo. Nessa circunstância, o julgamento imediato em segundo grau significaria supressão de instância. Assim, não conheço da questão relativa à antecipação dos efeitos da tutela . Nesse sentido, a seguinte ementa de arresto:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. AGRAVO LEGAL. LITISPENDÊNCIA . NÃO-CONHECIMENTO. PEDIDO DE REFORMA DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

-Presença de prova da persistência da incapacidade laborativa da autora, após a cessação do benefício em comento.

-No presente recurso, não restaram apresentados motivos suficientes ao convencimento do desacerto jurídico do decisum unipessoal em tela.

-Matéria inovada pelo INSS em sede de agravo legal não conhecida.

-Agravo legal improvido". (AG nº 2008.03.00.031723-5/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Carla Rister, j. 10/02/2009, DJF3 07/04/2009, p. 881).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00055 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033291-20.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033291-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS

AGRAVANTE : EDMILSON BARROSO DE OLIVEIRA

ADVOGADO : RAUL GOMES DA SILVA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SONIA MARIA CREPALDI e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00025762220004036183 5V Vr SAO PAULO/SP
DESPACHO
Requisitem-se informações do Juízo *a quo* e intime-se o agravado para que responda na forma do art. 527, V, do CPC.

Após, se em termos, novamente conclusos para apreciação do pedido de efeito suspensivo.

Int.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00056 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033475-73.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033475-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : ANGELA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO : MILIANE RODRIGUES DA SILVA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00076825020104036106 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença c.c. aposentadoria por invalidez, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta a agravante, em síntese, que está incapacitada para o trabalho, em razão do seu quadro clínico. Afirma a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada. Pugna pela reforma da decisão agravada.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante artigo 273, "*caput*", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença , de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insusceptível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

A agravante alega à fl. 05 que a autarquia previdenciária indeferiu o seu pedido de prorrogação do benefício de auxílio-doença apresentado, em 04/10/2010, sob alegação de que não foi comprovada, em exame realizado pela perícia médica do INSS, a incapacidade para o trabalho ou atividade habitual.

A r. decisão agravada de fls. 40/42, por sua vez, indeferiu a tutela antecipada, nos seguintes termos:

"As provas carreadas aos autos até o presente momento não demonstram, de maneira inequívoca, o preenchimento de todos os requisitos legais necessários para o deferimento do benefício pleiteado, o que prejudica o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. No entanto, tal pleito poderá ser novamente apreciado, no curso do processo, desde que juntados novos elementos de convicção pela parte interessada (referentes às suas condições de saúde) ou após a realização do exame pericial a seguir requisitado. (...)"

De fato, os documentos de fls. 30/36 são anteriores a out/2010 - época em que a autora formulou pedido de prorrogação do benefício de auxílio-doença e, por conseguinte anteriores a perícia médica efetuada pelo INSS - além do que, embora o laudo médico de fl. 31 ateste que a autora está incapacitada para suas funções profissionais, por 6 (seis) meses, o mesmo não está datado.

Assim considerando, os referidos documentos não comprovam, neste exame de cognição sumária e não exauriente, que a alegada incapacidade da agravada persiste após a data da cessação do benefício (04/10/2010 - fl. 37), fato que poderá ser provado no decorrer da instrução processual, o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Em decorrência, não comprovada a alegada incapacidade laboral, mediante prova inequívoca, não antevejo a verossimilhança da alegação para fins de antecipação dos efeitos da tutela pretendida. A propósito, este Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que "Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pelo agravado, o mesmo não faz jus à implantação do benefício mediante a concessão de tutela antecipada". (TRF3, 2ª Turma, AG nº 2000.03.00.059085-8, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 06/12/2002, p. 511).

Desta forma, a r. decisão agravada deve ser mantida.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00057 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033837-75.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033837-3/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : JOSE CARLOS MOREIRA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00069818620094036183 7V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSE CARLOS MOREIRA contra a r. decisão de fls. 93/40 que indeferiu o pedido de tutela antecipada para a imediata revisão do salário de benefício da aposentadoria por invalidez do autor.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que a autarquia, ao converter o seu auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não seguiu as regras instituídas no artigo 29, § 5º da Lei nº 8.213/91, resultando em diminuição substancial do valor da sua renda mensal inicial, fazendo jus a revisão do seu benefício. Sustenta, por fim, o caráter alimentar do benefício.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

Com efeito, prevê o art. 273, **caput**, do Código de Processo Civil que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Aliado à verossimilhança da alegação, em face de uma prova inequívoca e ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação encontra-se a ineficácia da medida, caso não seja concedida de imediato, o **periculum in mora**.

No caso, verifico que a questão versa revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, mediante a aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, com a implantação de nova RMI do benefício e o pagamento das diferenças apuradas.

Não há que se falar em fundado receio de dano irreparável, tampouco em perigo da demora, tendo em vista que o autor aufer mensalmente seu benefício acabando, assim, por afastar a extrema urgência da medida ora pleiteada. Saliente-se que a concessão de tutela antecipada, **inaudita altera pars**, deve ser deferida somente em casos de excepcional urgência, ou quando a regular citação possa tornar ineficaz a medida.

Entendo que somente merece ser qualificada como capaz de causar lesão grave à parte, a decisão judicial que possa ferir direito do agravante cuja verossimilhança tenha sido demonstrada. Assim, não estando a resumir a própria existência do direito à concessão do benefício pleiteado, inviável cogitar-se, desde logo, de sua possível lesão.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, converto em retido o presente agravo de instrumento.

Com as devidas anotações remetam-se os autos à vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00058 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033881-94.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033881-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : MARIA ROZALINA CARDOZO FERNANDES
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00065311220104036183 7V Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação revisional de benefício previdenciário, indeferiu a antecipação de tutela.

Sustenta a agravante, em síntese, a presença dos requisitos a autorizar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, bem como o caráter alimentar do benefício previdenciário.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

A r. decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, agindo o R. Juízo *a quo* com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isto porque verifico tratar-se de questão controvertida, a qual deve ser analisada de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

Acresce relevar que se tratando de questão relativa à concessão de tutela antecipada ou liminar em matéria de revisão de benefício previdenciário, entendo estar ausente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como afirma Teori Albino Zavascki, "**o risco de dano irreparável e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela**". (*"Antecipação da Tutela"*, Ed. Saraiva, p. 77).

Nos casos em que o segurado já se encontra recebendo o benefício previdenciário, tratando-se tão-somente de sua revisão, pleiteando-se apenas um "plus" ao benefício, como se verifica na espécie, não se justifica a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido encontramos o seguinte julgado desta Corte, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - TUTELA ANTECIPADA - RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO DOENÇA E REVISÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSENTES O "PERICULUM IN MORA" E O INTUITO PROTETATÓRIO NO USO DO DIREITO DE DEFESA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC exige além da plausibilidade do direito invocado, a coexistência de outros requisitos como o *periculum in mora* e o intuito protetatório do réu.
2. Na hipótese dos autos, conquanto possa estar evidenciada a plausibilidade do direito invocado, não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o provimento jurisdicional antecipado, na medida em que o agravante já recebe o benefício de aposentadoria, o que retira dos valores eventualmente devidos no período anterior à data da concessão, o caráter de provisão necessária à manutenção de sua subsistência.
3. Inexistência do intuito protetatório no uso do direito de defesa, vez que a parte ré, sequer foi citada.
4. Agravo improvido". (AG nº 2000.03.00.055171-3, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJU 03/12/2002, p. 682).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00059 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033887-04.2010.4.03.0000/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : ALEXANDRE OLIVEIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
ORIGEM : JUÍZO FEDERAL DA 7 VARA PREVIDENCIÁRIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00072257820104036183 7V Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação revisional de benefício previdenciário, indeferiu a antecipação de tutela.

Sustenta o agravante, em síntese, a presença dos requisitos a autorizar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, bem como o caráter alimentar do benefício previdenciário.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

A r. decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, agindo o R. Juízo *a quo* com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isto porque verifico tratar-se de questão controvertida, a qual deve ser analisada de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

Acresce relevar que se tratando de questão relativa à concessão de tutela antecipada ou liminar em matéria de revisão de benefício previdenciário, entendo estar ausente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como afirma Teori Albino Zavascki, "**o risco de dano irreparável e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela**". (*"Antecipação da Tutela"*, Ed. Saraiva, p. 77).

Nos casos em que o segurado já se encontra recebendo o benefício previdenciário, tratando-se tão-somente de sua revisão, pleiteando-se apenas um "plus" ao benefício, como se verifica na espécie, não se justifica a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido encontramos o seguinte julgado desta Corte, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - TUTELA ANTECIPADA - RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO DOENÇA E REVISÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSENTES O "PERICULUM IN MORA" E O INTUITO PROTETATÓRIO NO USO DO DIREITO DE DEFESA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC exige além da plausibilidade do direito invocado, a coexistência de outros requisitos como o *periculum in mora* e o intuito protetatório do réu.
2. Na hipótese dos autos, conquanto possa estar evidenciada a plausibilidade do direito invocado, não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o provimento jurisdicional antecipado, na medida em que o agravante já recebe o benefício de aposentadoria, o que retira dos valores eventualmente devidos no período anterior à data da concessão, o caráter de provisão necessária à manutenção de sua subsistência.
3. Inexistência do intuito protetatório no uso do direito de defesa, vez que a parte ré, sequer foi citada.
4. Agravo improvido". (AG nº 2000.03.00.055171-3, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJU 03/12/2002, p. 682).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00060 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033890-56.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033890-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : ROMEU RODRIGUES DE LIMA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00052493620104036183 7V Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação de revisão de benefício, indeferiu a antecipação de tutela.

Sustenta o agravante, em síntese, a presença dos requisitos a autorizar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, a fim de revisar a sua aposentadoria, eis que a autarquia, no momento em que converteu seu benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez não seguiu as regras previstas no artigo 29, § 5º., da Lei 8.213/91. Pugna pela concessão da tutela antecipada.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

A r. decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, agindo o MM. Juízo *a quo* com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isto porque verifico tratar-se de questão controvertida, a qual deve ser analisada de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

Acresce relevar que se tratando de questão relativa à concessão de tutela antecipada ou liminar em matéria de revisão de benefício previdenciário, entendo estar ausente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como afirma Teori Albino Zavascki, "**o risco de dano irreparável e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela**". (*"Antecipação da Tutela"*, Ed. Saraiva, p. 77).

Nos casos em que o segurado já se encontra recebendo o benefício previdenciário, tratando-se tão-somente de sua revisão, pleiteando-se apenas um "plus" ao benefício, como se verifica na espécie, não se justifica a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido encontramos o seguinte julgado desta Corte, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - TUTELA ANTECIPADA - RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO DOENÇA E REVISÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSENTES O "PERICULUM IN MORA" E O INTUITO PROTETATÓRIO NO USO DO DIREITO DE DEFESA - AGRAVO IMPROVIDO.

- 1. A antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC exige além da plausibilidade do direito invocado, a coexistência de outros requisitos como o periculum in mora e o intuito protetatório do réu.*
- 2. Na hipótese dos autos, conquanto possa estar evidenciada a plausibilidade do direito invocado, não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o provimento jurisdicional antecipado, na medida em que o agravante já recebe o benefício de aposentadoria, o que retira dos valores eventualmente devidos no período anterior à data da concessão, o caráter de provisão necessária à manutenção de sua subsistência.*
- 3. Inexistência do intuito protetatório no uso do direito de defesa, vez que a parte ré, sequer foi citada.*
- 4. Agravo improvido". (AG nº 2000.03.00.055171-3, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJU 03/12/2002, p. 682).*

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00061 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033975-42.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033975-4/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : TABIRA ANTONIO PINTO
ADVOGADO : JOSE WILSON PEREIRA
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SANTA BARBARA D OESTE SP
No. ORIG. : 10.00.00162-1 2 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP
DECISÃO

00339754220104030000

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TABIRA ANTONIO PINTO contra a r. decisão de fl.62/64 que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para a implantação do benefício de auxílio-doença à parte autora.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que os documentos acostados aos autos comprovam a sua incapacidade para o trabalho, fazendo jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença. Sustenta, por fim, o caráter alimentar do benefício. Colaciona jurisprudência.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor a agravante lesão grave e de difícil reparação.

O MM. Juiz "a quo" indeferiu o pedido de tutela, com fundamento na ausência dos requisitos que ensejam a sua concessão, em especial, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

O benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo desses requisitos essenciais, quais sejam: carência de doze contribuições mensais e incapacidade total e temporária, por mais de quinze dias.

A qualidade de segurado restou demonstrada através da cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de fls.19/34, onde consta ultimo vínculo empregatício encerrado em 30/10/2009, demonstrando ter cumprido o período de carência exigido para a concessão do benefício pleiteado.

A questão controvertida cinge-se, apenas, à incapacidade total e temporária da autora, para as suas atividades laborativas.

O único atestado médico, de fl.60, datado de 19.07.2010, embora declare que o autor está em tratamento clínico sem condições para trabalhar, é próximo a perícia médica realizada pelo INSS em 20.07.2010 (fl.61), que concluiu pela capacidade do autor.

Portanto, não ficou demonstrado de forma incontestável a incapacidade da parte autora para o trabalho ou para o exercício de atividade por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, posto que há divergência quanto à existência de incapacidade.

Frise-se, por oportuno, que a perícia médica realizada pelo INSS possui caráter público e presunção relativa de legitimidade e só pode ser afastada se houver prova inequívoca em contrário, o que "in casu", não ocorreu.

Desse modo, faz-se necessária a realização de perícia judicial, através de dilação probatória, com oportunidade para o contraditório para a comprovação da alegada incapacidade.

Somente merece ser qualificada como capaz de causar lesão grave à parte, a decisão judicial que **possa** ferir direito da agravante cuja verossimilhança tenha sido demonstrada. Assim, não estando a ressumbrar a própria existência do direito à concessão do benefício pleiteado, inviável cogitar-se, desde logo, de sua possível lesão.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente Agravo de Instrumento.**

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00062 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033981-49.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033981-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

AGRAVANTE : JOSE LUIZ DA SILVA
ADVOGADO : THIAGO QUEIROZ
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE CUBATAO SP
No. ORIG. : 10.00.00089-1 1 Vr CUBATAO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, nos autos da ação conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença , indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta o agravante, em síntese, que está incapacitado para o trabalho, em razão do seu quadro clínico. Afirma a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada. Pugna pela reforma da decisão agravada.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante artigo 273, "caput", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença , de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insuscetível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

Verifico pelo documento de fl. 66, "Comunicação de Decisão", expedido pelo INSS, em 29/03/2010, que o pedido de reconsideração apresentado pelo autor, em razão da não concessão do benefício de auxílio-doença, foi indeferido tendo em vista que não foi constatada, por perícia médica do INSS, incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual.

A r. decisão agravada de fl. 78, por sua vez, indeferiu a tutela antecipada, nos seguintes termos:

"(...)

2. Apesar dos argumentos do I. Patrono do autor, indefiro a antecipação da tutela, com base no art. 273, § 2o., do CPC, ante a natureza do benefício previdenciário que tem caráter alimentar.

"(...)".

De fato, os receituários médicos e exames acostados, às fls. 40/60, não comprovam, neste exame de cognição sumária e não exauriente, que a alegada incapacidade do agravante persiste, atualmente, eis que descrevem o quadro clínico do agravante, sem, contudo, atestarem a incapacidade laborativa, fato que poderá ser provado no decorrer da instrução processual, o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Em decorrência, não comprovada a alegada incapacidade laboral, mediante prova inequívoca, não antevejo a verossimilhança da alegação para fins de antecipação dos efeitos da tutela pretendida. A propósito, este Egrégio

Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que "*Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pelo agravado, o mesmo não faz jus à implantação do benefício mediante a concessão de tutela antecipada*". (TRF3, 2ª Turma, AG nº 2000.03.00.059085-8, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 06/12/2002, p. 511).

Desta forma, a r. decisão agravada deve ser mantida.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00063 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034096-70.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034096-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : MARIA ALMIRTES PEREIRA LINHARES ALVES
ADVOGADO : ALESSANDRO CARMONA DA SILVA
CODINOME : MARIA ALMIRTES PEREIRA LINHARES
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PRESIDENTE EPITACIO SP
No. ORIG. : 10.00.09695-4 1 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta a agravante, em síntese, a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada. Alega que jamais deixou de ser segurada e que preenchia, à época do requerimento do benefício de auxílio-doença (23/06/2009), a carência necessária. Pugna pela reforma da decisão agravada.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante artigo 273, "*caput*", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença , de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insuscetível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

Observo, pelo documento de fl. 22 - ofício n. 223/2010, expedido pela Previdência Social, em 12/08/2010 - que foram detectadas irregularidades/falhas existentes no benefício n. 31/536.151.062-5 em nome da autora, concedido indevidamente, eis que foi informado o pagamento em dia da primeira competência em 02/2006, porém, verificou-se no sistema que a primeira competência paga em dia foi a de 12/2008 e, de acordo com o inciso II, do artigo 28, do Decreto n. 3.048/99, o período de carência é contado a partir da primeira contribuição sem atraso de forma que a autora possuía 6 (seis) contribuições para fins de cálculo da carência.

O R. Juízo *a quo*, por sua vez, indeferiu a tutela antecipada, sob o fundamento de que os atos administrativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade, sendo necessária a produção de provas no âmbito do contraditório judicial (fl. 53).

De fao, consoante artigos 24 e 25, da Lei n. 8.213/91, o período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências, sendo que, para a concessão do benefício de auxílio-doença são exigidas 12 (doze) contribuições mensais.

Quanto à forma de contagem do período de carência, o Decreto n. 3.048/99 fixou, em seu artigo 28, inciso II, para os empregados domésticos (como é o caso da agravante -fl. 29) o início a partir da data do efetivo recolhimento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para esse fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores.

Assim considerando, observo pelo documento de fl. 33 que razão assiste ao INSS ao afirmar que a primeira competência paga em dia foi a de 12/2008 e, por conseguinte, a autora possuía 6 contribuições para fins de cálculo da carência quando requereu o benefício do auxílio-doença, em 23/06/2009, fato que motivou a sua cessação.

Em decorrência, neste exame de cognição sumária e não exauriente, entendo não comprovado o cumprimento do período de carência, mediante prova inequívoca e, assim, não antevejo a verossimilhança da alegação para fins de antecipação dos efeitos da tutela pretendida. A propósito, este Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que "*Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pelo agravado, o mesmo não faz jus à implantação do benefício mediante a concessão de tutela antecipada*". (TRF3, 2ª Turma, AG nº 2000.03.00.059085-8, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 06/12/2002, p. 511).

De outra parte, não há dúvida de que a agravante poderá produzir outras provas, no decorrer da instrução processual, que demonstrem o cumprimento da carência necessária para a concessão do benefício, o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00064 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034109-69.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034109-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : SELMA DA CRUZ HEER
ADVOGADO : HENRIQUE TAFURI DE OLIVEIRA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00039147920104036183 4V Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por SELMA DA CRUZ HEER contra a r. decisão de 1ª Instância de fls. 93 que, nos autos da ação de benefício previdenciário, indeferiu o pedido de antecipação de tutela para a concessão de pensão por morte.

Em prol de seu pedido, aduz a Agravante que estão presentes os requisitos que ensejam a medida excepcional, previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, não havendo risco de irreversibilidade do provimento. Acrescenta que é esposa do "de cujus". Sustenta que o falecido adquiriu a qualidade de segurado quando do seu óbito, não havendo óbice à concessão da pensão por morte.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o breve relatório. Decido.

Constatado, inicialmente, que se trata de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005 e não se encontram presentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor à Agravante lesão grave e de difícil reparação.

No caso dos autos, postula a Agravante medida de urgência que lhe assegure a imediata concessão de pensão por morte, em razão da sua condição de esposa do "**De Cujus**".

Cumpra observar, inicialmente, que a antecipação de tutela pode ser concedida desde que verificada a presença dos requisitos contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, vale dizer, o convencimento da verossimilhança das alegações formuladas, aliado à iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação, manifesto propósito protelatório do réu e reversibilidade da medida.

Com efeito, no caso dos autos, a Agravante não logrou demonstrar a urgência do pedido, requisito essencial, para o deferimento da tutela antecipada.

Não restou caracterizado o **periculum in mora**, ou seja, iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação, posto que somente após quase 2 anos da ciência da decisão administrativa de indeferimento da pensão por morte, requereu judicialmente a concessão do benefício.

Por outro lado, a concessão de tutela antecipada **inaudita altera pars**, deve ocorrer somente em casos de excepcional urgência ou quando a regular citação puder tornar ineficaz a medida.

Dessa forma, revela-se temerária a concessão da tutela postulada para o fim colimado, qual seja, deferir a pensão por morte, em razão do evidente caráter satisfativo da medida.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente Agravo de Instrumento**.

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intime-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00065 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034141-74.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034141-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : MARIA DAS GRACAS SANTOS BARROS
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 7 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00081671320104036183 7V Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação revisional de benefício previdenciário, indeferiu a antecipação de tutela.

Sustenta a agravante, em síntese, a presença dos requisitos a autorizar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, bem como o caráter alimentar do benefício previdenciário.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

A r. decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, agindo o R. Juízo *a quo* com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isto porque verifico tratar-se de questão controvertida, a qual deve ser analisada de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

Acresce relevar que se tratando de questão relativa à concessão de tutela antecipada ou liminar em matéria de revisão de benefício previdenciário, entendo estar ausente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como afirma Teori Albino Zavascki, "**o risco de dano irreparável e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela**". (*"Antecipação da Tutela"*, Ed. Saraiva, p. 77).

Nos casos em que o segurado já se encontra recebendo o benefício previdenciário, tratando-se tão-somente de sua revisão, pleiteando-se apenas um "plus" ao benefício, como se verifica na espécie, não se justifica a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido encontramos o seguinte julgado desta Corte, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - TUTELA ANTECIPADA - RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO DOENÇA E REVISÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSENTES O "PERICULUM IN MORA" E O INTUITO PROTETATÓRIO NO USO DO DIREITO DE DEFESA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC exige além da plausibilidade do direito invocado, a coexistência de outros requisitos como o *periculum in mora* e o intuito protetatório do réu.

2. Na hipótese dos autos, conquanto possa estar evidenciada a plausibilidade do direito invocado, não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o provimento jurisdicional antecipado, na medida em que o

agravante já recebe o benefício de aposentadoria, o que retira dos valores eventualmente devidos no período anterior à data da concessão, o caráter de provisão necessária à manutenção de sua subsistência.

3. Inexistência do intuito protelatório no uso do direito de defesa, vez que a parte ré, sequer foi citada.

4. Agravo improvido". (AG nº 2000.03.00.055171-3, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJU 03/12/2002, p. 682).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00066 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034143-44.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034143-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

AGRAVANTE : LEUCIO FLAVO RIOS MAIA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE DIADEMA SP

No. ORIG. : 10.00.22913-9 3 Vr DIADEMA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação revisional de benefício previdenciário, indeferiu a antecipação de tutela.

Sustenta o agravante, em síntese, a presença dos requisitos a autorizar a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, bem como o caráter alimentar do benefício previdenciário.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

A r. decisão agravada se encontra bem alicerçada, não tendo sido abalada pelas razões deduzidas no agravo, agindo o R. Juízo *a quo* com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isto porque verifico tratar-se de questão controvertida, a qual deve ser analisada de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

Acresce relevar que se tratando de questão relativa à concessão de tutela antecipada ou liminar em matéria de revisão de benefício previdenciário, entendo estar ausente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Como afirma Teori Albino Zavascki, "**o risco de dano irreparável e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela**". (*"Antecipação da Tutela"*, Ed. Saraiva, p. 77).

Nos casos em que o segurado já se encontra recebendo o benefício previdenciário, tratando-se tão-somente de sua revisão, pleiteando-se apenas um "plus" ao benefício, como se verifica na espécie, não se justifica a antecipação dos efeitos da tutela.

Nesse sentido encontramos o seguinte julgado desta Corte, cuja ementa transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - TUTELA ANTECIPADA - RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO DOENÇA E REVISÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSENTES O "PERICULUM IN MORA" E O INTUITO PROTETATÓRIO NO USO DO DIREITO DE DEFESA - AGRAVO IMPROVIDO.

- 1. A antecipação da tutela prevista no artigo 273 do CPC exige além da plausibilidade do direito invocado, a coexistência de outros requisitos como o periculum in mora e o intuito protetatório do réu.*
- 2. Na hipótese dos autos, conquanto possa estar evidenciada a plausibilidade do direito invocado, não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o provimento jurisdicional antecipado, na medida em que o agravante já recebe o benefício de aposentadoria, o que retira dos valores eventualmente devidos no período anterior à data da concessão, o caráter de provisão necessária à manutenção de sua subsistência.*
- 3. Inexistência do intuito protetatório no uso do direito de defesa, vez que a parte ré, sequer foi citada.*
- 4. Agravo improvido". (AG nº 2000.03.00.055171-3, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJU 03/12/2002, p. 682).*

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00067 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034195-40.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034195-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JONE FAGNER RAFAEL MACIEL
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : ALDESINO FRANCISCO DA SILVA
ADVOGADO : LAERCIO SANDES DE OLIVEIRA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE GUARULHOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00037371620104036119 2 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão que deferiu a tutela antecipada *initio litis*, para determinar que a autarquia compute como especial os períodos de 17/01/1977 a 26/01/1979, 22/03/1979 a 12/02/1980, 29/03/1982 a 14/03/1990 e 14/05/1991 a 14/11/2001, para fins de conversão em tempo de serviço comum, e implante a aposentadoria por tempo de contribuição, caso haja tempo suficiente para a concessão do benefício.

Sustenta a autarquia, ora agravante, em síntese, não se encontrarem presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida excepcional, ausente a verossimilhança do pedido, pois o agravado não demonstrou que esteve efetivamente exposto às condições especiais em que alega ter laborado. Alega que a atividade exercida em período posterior a 05/03/1997 não pode ser considerada como especial, uma vez que, a partir desta data até 18/11/2003, somente o nível de ruído superior a 90 decibéis é que pode ser considerado como prejudicial à saúde, consoante entendimento firmado pelo STJ. Quanto aos demais períodos, entende que os laudos apresentados não servem para embasar o pedido, tendo em vista que foram elaborados em época bastante posterior ao desenvolvimento da atividade laboral, bem como porque não mencionam alteração no ambiente trabalho, de modo a permitir a inalterabilidade da pressão sonora. Pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Feito o breve relatório, decido.

Presentes os requisitos para processamento do agravo na forma de instrumento, com fulcro no inc. II do art. 527 do CPC.

Cumpra observar que a antecipação de tutela pode ser concedida pelo magistrado desde que verificada a presença dos requisitos contidos no art. 273 do CPC, vale dizer, o convencimento da verossimilhança das alegações formuladas, aliado à iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação, ao manifesto propósito protelatório do réu, e à possibilidade de reversibilidade da medida.

No caso dos autos, postula o agravado medida de urgência que lhe assegure a imediata concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, computando-se o tempo de serviço em condição especial relativo aos períodos indicados nos autos.

Contudo, os documentos formadores do instrumento, por si só, não permitiram entrever, de plano, a verossimilhança do pleito deduzido. No presente caso, torna-se necessária a dilação probatória acerca dos fatos invocados como fundamento do pedido.

No que diz respeito ao tema de conversão de tempo de serviço especial em comum, esta Corte firmou orientação no sentido de que a norma aplicável é a vigente à época do exercício das respectivas atividades laborativas. Desse modo, o correto enquadramento da atividade tida por especial deve ser realizado cotejando-se a lei vigente em cada período de tempo de serviço prestado.

No entanto, revela-se temerária a concessão da tutela postulada para o fim colimado, em razão do evidente caráter satisfativo da medida, razão pela qual entendo necessária a apreciação do pedido somente em cognição exauriente, advinda da instrução processual, impondo-se a produção de outros elementos de convicção a serem obtidos no curso da instrução.

Possibilitar a aposentação do agravado por meio de uma decisão proferida em exame de cognição sumária pode gerar uma situação irreversível, tanto para o erário como para o segurado, sendo de rigor, por isso, o exame da questão em cognição exauriente.

Dessa forma, entendo não satisfeitas as exigências do art. 273 do CPC, suficientes a autorizar a concessão da tutela antecipada.

Diante do exposto, presentes os requisitos do art. 558, *caput*, do CPC, DEFIRO o efeito suspensivo ao recurso e revogo a tutela antecipada concedida em primeira instância, até o pronunciamento definitivo da Turma.

Comunique-se o teor desta decisão ao Juízo *a quo*, a quem incumbe promover os atos necessários ao seu imediato e integral cumprimento, e intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00068 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034333-07.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034333-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS
AGRAVANTE : ROBSON ANGELON
ADVOGADO : PRISCILA FERNANDES RELA
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE ITATIBA SP
No. ORIG. : 10.00.00246-9 2 Vr ITATIBA/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a tutela antecipada *initio litis*, requerida nos autos da ação em que o agravante pleiteia o restabelecimento do benefício previdenciário de auxílio-doença, que foi concedido em 27/11/2002 e encerrado em 23/08/2010.

Sustenta o(a) agravante, em síntese, a presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida excepcional, por persistir a situação de incapacidade decorrente da patologia de que fora acometido(a), a qual impede o seu retorno às atividades habituais, conforme atestados médicos e exames que junta. Afirma que a suspensão do benefício põe em risco a sua subsistência. Pede a antecipação da pretensão recursal.

Feito o breve relatório, decido.

Presentes os requisitos para processamento do agravo na forma de instrumento, com fulcro no inciso II do art. 527 do CPC.

Para a concessão do auxílio-doença, faz-se necessária a demonstração da condição de segurado do requerente, do preenchimento do período de carência, bem como da doença incapacitante de forma temporária, conforme prevê o art. 59 da Lei nº 8.213/91.

O(a) agravante esteve afastado(a) de suas atividades habituais, no gozo de auxílio-doença previdenciário por longo período, sendo que os atestados médicos e receituários juntados (fls. 28/30 e 53) evidenciam, *a priori*, a persistência da incapacidade para a atividade laborativa, diante das restrições físicas impostas por sua condição de portador(a) de Epilepsia e Depressão Maior, de tal forma que se encontra inapto(a) para o retorno às suas atividades habituais.

Apesar disso, o INSS concedeu alta médica ao(à) agravante, sem a prévia realização de programa de reabilitação profissional, de tal forma que o cancelamento sumário do benefício revelou-se procedimento arbitrário e desprovido de amparo legal.

Estabelece o art. 62 da Lei 8.213/91:

"Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez."

No caso concreto, afigura-se indispensável submeter o(a) agravante a programa de reabilitação profissional, o que se daria somente com a expedição do certificado individual previsto no *caput* do art. 140 do Decreto 3.048/99:

"Art. 140. Concluído o processo de reabilitação profissional, o Instituto Nacional do Seguro Social emitirá certificado individual indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para a qual se julgue capacitado.

§ 1º Não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do certificado a que se refere o caput."

Assim, reconheço a presença dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, a fim de que seja o(a) agravante submetido(a) a programa de reabilitação profissional com vistas ao restabelecimento de sua aptidão laboral.

Presentes os requisitos do art. 273, I, do CPC, ANTECIPO a pretensão recursal e defiro a tutela antecipada, determinando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, sem efeito retroativo, até que o(a) agravante seja submetido(a) a processo de reabilitação profissional, facultando-se, então, ao magistrado *a quo* o reexame do cabimento da tutela antecipada ora concedida.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS deverá ser intimado para o imediato cumprimento da presente decisão, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa, que fixo em R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso.

Comunique-se o teor desta decisão ao Juízo *a quo*, a quem incumbe promover os atos necessários ao seu imediato e integral cumprimento, e intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00069 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034357-35.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034357-5/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : FLAVIO JUNIOR DE SILVEIRA
ADVOGADO : PAULO AFONSO NOGUEIRA RAMALHO e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00071678820104036114 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FLAVIO JUNIOR DE SILVEIRA contra a r. decisão de fls.50/52, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para o restabelecimento do benefício de auxílio-doença à parte autora.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que os documentos acostados aos autos comprovam que é portador de grave doença permanente, que o impede de retornar ao trabalho, sendo que o INSS se recusa em manter o pagamento do benefício. Sustenta o caráter alimentar do benefício.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

Postula o agravante medida de urgência que lhe assegure o restabelecimento do auxílio-doença. Para tanto, faz-se necessária, entre outros requisitos, a prova da permanência da incapacidade para o trabalho. No entanto, pelos documentos carreados aos autos até o momento, não vislumbro a referida incapacidade.

Com efeito, os atestados de fl.19/20 são antigos, datam de 02.06.2009 e 23.06.2009, e são relativos ao período em que o autor recebia o benefício de auxílio-doença, pelo que não confirmam a continuidade da incapacidade.

Os demais documentos são exames médicos que não têm o condão de atestar que o autor está incapacitado para suas atividades laborais.

Desse modo, se faz necessária a realização de perícia judicial, através de dilação probatória, com oportunidade para o contraditório para a comprovação da alegada incapacidade.

Entendo que somente merece ser qualificada como capaz de causar lesão grave à parte, a decisão judicial que **possa** ferir direito da agravante cuja verossimilhança tenha sido demonstrada. Assim, não estando a ressumbrar a própria existência do direito à concessão do benefício pleiteado, inviável cogitar-se, desde logo, de sua possível lesão.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente Agravo de Instrumento.**

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00070 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034403-24.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034403-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : CELSO LUIZ DE SOUZA
ADVOGADO : ISIDORO PEDRO AVI
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE JABOTICABAL SP
No. ORIG. : 10.00.00101-9 3 Vr JABOTICABAL/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CELSO LUIZ DE SOUZA contra a r. decisão de fl.74 que indeferiu o pedido de antecipação de tutela para a implantação do benefício de auxílio-doença à parte autora.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que os documentos acostados aos autos comprovam a qualidade de segurado, assim como a sua incapacidade para o trabalho, fazendo jus ao recebimento do benefício de auxílio-doença. Sustenta, por fim, o caráter alimentar do benefício.

Requer a concessão da tutela antecipada recursal.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

O MM. Juiz "a quo" indeferiu o pedido de tutela, com fundamento na ausência dos requisitos que ensejam a sua concessão, em especial, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

O benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o trabalho ou para a atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo desses requisitos essenciais, quais sejam: carência de doze contribuições mensais e incapacidade total e temporária, por mais de quinze dias.

A qualidade de segurado restou demonstrada através das cópias da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de fl. 30, onde constam contribuições necessárias ao cumprimento do período de carência exigido para a concessão do benefício pleiteado.

A questão controvertida cinge-se, apenas, à incapacidade total e temporária do autor, para as suas atividades laborativas.

No caso, pelos documentos carreados aos autos até o momento, não vislumbro verossimilhança nas alegações a ensejar a concessão da medida postulada.

Com efeito, o único atestado médico recente, o de fl.36, datado de 10.08.2010 apenas informa as doenças a que o segurado está acometido, e que o mesmo refere dor acentuada e que não consegue trabalhar. Encaminha o autor à perícia do INSS. Contudo, não declara estar o paciente, atualmente, totalmente incapaz para as suas atividades laborais.

Os demais atestados médicos são receituários, portanto, não tem o condão de infirmar a atual situação de saúde do autor.

Assim, faz-se necessária a instrução processual, com a realização de perícia judicial, mediante dilação probatória, oportunizando-se o contraditório para a comprovação da alegada incapacidade.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, converto em retido o presente Agravo de Instrumento.

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00071 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034665-71.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034665-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : EDER JUNIOR DE JESUS BORGES TAVARES
ADVOGADO : JOSÉ VICENTE GONÇALVES DE SOUZA
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE FERNANDOPOLIS SP
No. ORIG. : 10.00.00127-5 2 Vr FERNANDOPOLIS/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra r. decisão que, nos autos da ação conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença c.c. aposentadoria por invalidez, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta o agravante, em síntese, que está incapacitado para o trabalho, em razão do seu quadro clínico. Afirma a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada. Pugna pela reforma da decisão agravada.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante artigo 273, "*caput*", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença , de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insuscetível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

Verifico, às fls. 38/40, que o autor, agravante, interpôs recurso a Junta de Recursos da Previdência Social, em razão de não ter sido reconhecido o direito à prorrogação do benefício de auxílio-doença , por ter a perícia médica do INSS constatado a não continuidade da incapacidade para o trabalho.

O referido recurso foi conhecido, porém, negado provimento, ratificando o parecer médico que concluiu pela recuperação da capacidade laborativa do autor, conforme decisão, datada de 28/07/2010.

A r. decisão agravada de fl. 42, indeferiu a tutela antecipada, por entender que há necessidade de melhor apreciação oportunamente.

De fato, os documentos de fls. 20/31 são anteriores a 28/07/2010 - *data da decisão administrativa proferida no recurso interposto pelo autor perante a Junta da Previdência Social* - assim sendo, os referidos documentos não comprovam, neste exame de cognição sumária e não exauriente, que a alegada incapacidade do agravante persiste, fato que poderá ser provado no decorrer da instrução processual, o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Em decorrência, não comprovada a alegada incapacidade laboral, mediante prova inequívoca, não antevejo a verossimilhança da alegação para fins de antecipação dos efeitos da tutela pretendida. A propósito, este Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que "Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pelo agravado, o mesmo não faz jus à implantação do benefício mediante a concessão de tutela antecipada". (TRF3, 2ª Turma, AG nº 2000.03.00.059085-8, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 06/12/2002, p. 511).

Desta forma, a r. decisão agravada deve ser mantida.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00072 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034783-47.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034783-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : MARIA MIRTES ALVES FERREIRA
ADVOGADO : ROSELI RODRIGUES
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 5 VARA DE SAO CAETANO DO SUL SP
No. ORIG. : 10.00.14684-6 5 Vr SAO CAETANO DO SUL/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, objetivando a desaposentação cumulada como nova concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta a agravante, em síntese, a presença dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, a autorizar a concessão da antecipação da tutela, diante do caráter alimentar do benefício. Afirma fazer jus ao benefício de aposentadoria mais vantajosa e que se encontra doente sem condições laborativas.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Nos termos do que preceitua o artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Do compulsar dos autos, denota-se que o MM. Juiz *a quo* agiu com acerto ao indeferir a antecipação da tutela pleiteada. Isto porque verifico tratar-se de questão controvertida, a qual deve ser analisada de forma mais cautelosa, respeitando-se o devido processo legal e a ampla defesa.

Não é menos certo que a questão relativa à renúncia da agravante quanto ao benefício de aposentadoria proporcional por tempo de serviço e a implantação de benefício de aposentadoria integral por tempo de serviço recomenda um exame mais acurado da lide, sendo de indiscutível necessidade a abertura de oportunidade para dilação probatória.

Por outro lado, não restou comprovado, pelo menos neste momento, o perigo de dano irreparável a ensejar a concessão do efeito suspensivo ativo. Em suma, não restou evidente que a agravante não possa aguardar o desenrolar da instrução processual e a entrega do provimento jurisdicional definitivo.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00073 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035019-96.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035019-1/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SALVADOR SALUSTIANO MARTIM JUNIOR
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : SORMANE JOSE ALVES
ADVOGADO : ALAIR DE BARROS MACHADO
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE CAIEIRAS SP

No. ORIG. : 10.00.00102-9 2 Vr CAIEIRAS/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão de fl. 24 que deferiu o pedido de antecipação de tutela, para o restabelecimento do benefício de auxílio-doença a parte autora.

Em prol de seu pedido, aduz que a tutela foi deferida sem a realização de perícia e sem a mínima condição de reversibilidade. Ressalta que após a cessação do benefício em 2007, em consulta ao DATAPREV, verificou-se que o autor voltou a trabalhar normalmente.

Requer a concessão do efeito suspensivo, tendo em vista o risco de irreversibilidade do provimento.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, em que estão ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

Postula o agravante a imediata suspensão da decisão que deferiu a medida de urgência para o restabelecimento do auxílio-doença a agravada.

No entanto, embora o autor tenha requerido na inicial o restabelecimento do benefício de n. 570.415.718/8, trata-se de verdadeira concessão de auxílio-doença, posto que o referido benefício cessou em 01.11.2007 e somente agora, após 3 anos de sua cessação é que o autor vem requerer novamente o auxílio-doença.

Para a aquisição do direito a esse benefício, é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos requisitos essenciais, quais sejam: carência de doze contribuições mensais e incapacidade total e temporária, por mais de quinze dias.

A qualidade de segurado restou demonstrada através das cópias da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS de fl. 43 e do CNIS, onde constam contribuições necessárias ao cumprimento do período de carência exigido para a concessão do benefício pleiteado.

A questão controvertida cinge-se, apenas, à incapacidade total e temporária do autor, para as suas atividades laborativas.

Com efeito no exame de Eco Doppler Venoso, realizado em 11.06.2010, restou consignado pelo médico que o paciente apresenta quadro pós trombótico grave de caráter evolutivo, incapacitante, com provável evolução para "Cerulea Alba Dolens".

Embora a perícia médica realizada pelo INSS tenha concluído pela capacidade do autor, entendo que, em princípio, deve ser mantida a decisão agravada, em razão da gravidade da doença que a acomete e da profissão que exerce, como operador de empilhadeira.

Saliente-se, ainda, que a exigência da irreversibilidade inserta no § 2º, do art. 273 do Código de Processo Civil não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" (STJ-2ª T., Resp nº 144-656-ES, rel. Min. Adhemar Maciel, in DJ de 27/10/97)" (NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. nota 20 ao art. 273, § 2º, p.378).

Havendo indícios de irreversibilidade, para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. **In casu**, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente Agravo de Instrumento.**

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00074 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035023-36.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035023-3/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE

AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CAIO BATISTA MUZEL GOMES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADO : DANIEL ALEXSANDER PEREIRA

ADVOGADO : SILMARA JUDEIKIS MARTINS

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ITARARE SP

No. ORIG. : 10.00.00109-4 1 Vr ITARARE/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão de fl.33 que, concedeu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para a implantação imediata do benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal.

Em prol de seu pedido, aduz, em síntese, que não ficou demonstrada a incapacidade total da agravada para os atos da vida independente e para o trabalho, pois não há documento medico que constate a deficiência, de modo que inexistente a prova inequívoca necessária à concessão do benefício.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo, tendo em vista o risco de irreversibilidade do provimento.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de recurso de agravo interposto na vigência da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, e, ausentes os requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento, com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor ao agravante lesão grave e de difícil reparação.

O MM. Juiz "a quo" concluiu pela presença dos requisitos legais autorizadores da tutela antecipada, previstos no art. 273, do CPC.

No caso, verifico que se trata de pedido de benefício assistencial a portador de deficiência.

O Estudo Social de fls. 24/27 demonstra que o requerente reside com sua mãe, duas irmãs, dois sobrinhos e um tio, em um imóvel cedido por terceiros. Apenas o tio do autor, auferir renda proveniente da pensão por morte de seus pais, por ser deficiente mental. Constatou a assistente social, por fim, que a situação sócio-econômica da família é precária.

Entendo que não pode ser considerado todo o núcleo familiar para efeitos de aferição da renda "per capita", pois o tio do autor não é, à luz da legislação vigente, membro da família para fins de Assistência Social.

De fato, dispõe o artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93: '§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto'.

Assim sendo, não se poderá considerar os rendimentos auferidos pelo tio do autor, ora agravante, para fins de verificar a sua condição econômica, visto que não se enquadram no conceito de família trazido no referido artigo de lei.

Portanto, afastada a renda do tio, não há renda a ser considerada, o que viabiliza a concessão da tutela pleiteada.

Saliente-se outrossim que, embora não tenha sido, ainda, elaborado o laudo médico pericial, verificado das informações prestadas pela assistente social, que o autor necessita de cuidados especiais, posto que enxerga com dificuldade, e que é notável sua dificuldade de comunicação e de locomoção.

Cumprido ressaltar que o agravado cursou apenas até a 5ª série, pois a própria doença o impedia de aprender, com pouca instrução e com as limitações mencionadas em decorrência dos problemas de que é portador, fica ainda mais restringida a sua atividade laborativa. Sendo certo que deve ser analisado o contexto da situação em sua plenitude, respeitando, ainda, o princípio do "in dubio pro misero".

Ademais, o perigo de dano é evidente, em razão de tratar-se de benefício de caráter alimentar, que não permite a agravada esperar pelo desfecho da ação.

Saliente-se, ainda, que a exigência da irreversibilidade inserta no § 2º, do art. 273 do Código de Processo Civil não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" (STJ-2ª T., Resp nº 144-656-ES, rel. Min. Adhemar Maciel, in DJ de 27/10/97)" (NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. nota 20 ao art. 273, § 2º, p.378).

Havendo indícios de irreversibilidade, para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. **In casu**, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187, de 19/10/2005 que alterou os artigos 522 e 527, II, da Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 do Código de Processo Civil, converto em retido o presente agravo de instrumento.

Com as devidas anotações remetam-se os autos à Vara de origem para as providências necessárias.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00075 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035024-21.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035024-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANDREA FARIA NEVES SANTOS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADO : MARIA EXPEDITA NOGUEIRA

ADVOGADO : SANDRA MARIA LUCAS

ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE CRUZEIRO SP

No. ORIG. : 10.00.00011-4 1 Vr CRUZEIRO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, objetivando, em sede de tutela o restabelecimento do benefício de auxílio-doença e, ao final a concessão de aposentadoria por invalidez, deferiu a tutela antecipada.

Sustenta o agravante a ausência dos requisitos necessários a concessão da tutela, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Aduz, também, acerca da possibilidade de irreversibilidade do provimento jurisdicional concedido.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Inicialmente, tendo em vista que os Procuradores Federais possuem, nos termos do artigo 17, da Lei n. 10.910/04, a prerrogativa da intimação pessoal, considero, para fins de tempestividade e admissibilidade do presente recurso à ciência exarada pela DD. Procuradora Federal à fl. 66.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Nos termos do que preceitua o art. 273, "caput", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença, de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insuscetível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

Nesse passo, verifico à fl. 52 "Comunicação de Decisão" expedido pelo INSS, em 04/08/2010, que não foi reconhecido o direito à concessão do benefício pleiteado tendo em vista que a incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual não foi constatada pela perícia médica do INSS.

O R. Juízo *a quo*, por sua vez, deferiu a tutela antecipada por entender comprovada a verossimilhança das alegações, eis que a autora, agravada, teve o seu benefício cessado e é portadora de sérios problemas de saúde (fl. 66).

De fato, o relatório médico de fl. 65, datado de 22/09/2010 (*posterior a perícia médica realizada pelo INSS*), assinado por Médico Ortopedista, atesta que a autora submeteu-se a cirurgia em pé esquerdo em 05/03/2008, devido a ruptura de tendão e que sofreu, à época, deiscência de pontos, causando como seqüela: edema, dor crônica e dificuldade para andar, não tendo condições de exercer suas funções habituais.

Assim considerando, entendo, neste exame de cognição sumária, que os referidos documentos são suficientes a caracterizar a prova inequívoca do quadro clínico da agravada, bem como a verossimilhança das alegações relativas à incapacidade laborativa, de forma que a r. decisão agravada não merece reparos.

Quanto à irreversibilidade da medida, anoto que tal argumentação não merece prevalecer, pois o pagamento de benefício previdenciário constitui relação jurídica de trato sucessivo, de maneira que, apurando-se, em definitivo, inexistir as bases que neste momento processual se antevê, a cessação do pagamento do benefício se operará, sendo o provimento jurisdicional provisório reversível.

Ademais, conforme já decidiu o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, "***A irreversibilidade do provimento, meramente econômico, não é óbice à antecipação da tutela, em matéria previdenciária ou assistencial, sempre que a efetiva proteção dos direitos à vida, à saúde, à previdência ou à assistência social não puder ser realizada sem a providência antecipatória***" (AG nº 107208/RS, Relator Juiz RAMOS DE OLIVEIRA, j. 03/10/2002, DJU 06/11/2002, p. 629).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00076 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035030-28.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035030-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
AGRAVANTE : SELMA DE FATIMA SANTA TERRA INACIO e outros
: ANIELLY PATRICIA INACIO incapaz
: WAGNER INACIO JUNIOR incapaz
ADVOGADO : REGINA SCHLEIFER PEREIRA e outro
REPRESENTANTE : SELMA DE FATIMA SANTA TERRA INACIO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : TIAGO BRIGITE e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARACATUBA SecJud SP
No. ORIG. : 00033625620074036107 1 Vr ARACATUBA/SP
DECISÃO

Vistos, em decisão.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SELMA DE FATIMA SANTA TERRA INÁCIO e outros contra a decisão de primeira instância que, nos autos da ação de benefício previdenciário, indeferiu o pedido de expedição de ofício à Justiça do Trabalho, para que forneça cópias do processo trabalhista.

Em prol de seu pedido, aduzem os agravantes que a ação trabalhista que se requer cópia comprovará que o *de cujus* era segurado e assim beneficiário à época do óbito. Sustenta que o artigo 332 do CPC permite as partes provarem suas alegações por todo meio em direito admitido.

Requer a concessão do efeito ativo.
É o relatório. Decido.

Trata-se de recurso de agravo, interposto na vigência da Lei nº 11.187, em que se verifica a ausência dos requisitos de admissibilidade do seu processamento na forma de instrumento. Atuo com fulcro no inciso II, do artigo 527, do Código de Processo Civil, posto que não se verifica hipótese de decisão capaz de impor à agravante lesão grave e de difícil reparação.

O artigo 399, inciso II, do Código de Processo Civil, dispõe acerca do poder conferido ao juiz de requisitar às repartições públicas certidão e procedimentos administrativos.

No caso dos autos, postula o agravante a expedição de ofício para a Justiça do Trabalho, para que remeta cópias do processo trabalhista.

Não se trata nem de certidão e nem de processo administrativo, conforme previsto na lei. Portanto não há previsão legal para que o juízo oficie à Justiça Trabalhista para que envie as cópias requeridas pela parte autora.

Na verdade, trata-se de documentos que visam, a princípio, comprovar a qualidade de segurado do *de cujus*. Portanto, cabe aos autores trazerem aos autos documentos hábeis a provar o seu direito, conforme determinam os artigos 283 e 284 do CPC.

Ressalte-se ainda, que o processo judicial é regido pelo princípio da publicidade, devendo ser garantido a todos vista dos autos quando solicitado, mesmo quando arquivados. A requisição pelo juiz somente tem cabimento, quando houver recusa da Justiça Trabalhista, o que não restou demonstrado nos autos.

Com estas considerações, tendo em vista o disposto no artigo 1.º, da Lei n.º 11.187 que alterou os artigos 522 e 527, II do Código de Processo Civil, **converto em retido o presente agravo de instrumento.**

Com as devidas anotações remetam-se os autos à vara de origem para as providências necessárias.
Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00077 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035263-25.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035263-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal MARISA SANTOS

AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCELO PASSAMANI MACHADO
: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADO : MARIA APARECIDA COURA PINHEIRO

ADVOGADO : JOEL ALEXANDRE SCARPIN AGOSTINI

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE IBITINGA SP

No. ORIG. : 10.00.00167-6 1 Vr IBITINGA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão que deferiu a tutela antecipatória *initio litis*, em ação na qual o(a) segurado(a) postula a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença.

Sustenta a autarquia, ora agravante, em síntese, não se encontrarem presentes os requisitos da tutela antecipatória concedida, uma vez ausente prova inequívoca acerca da situação de incapacidade do(a) agravado(a) para o trabalho, de modo a afastar a verossimilhança do pedido. Afirma, ainda, a irreversibilidade do provimento e o risco de dano irreparável. Pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Feito o breve relatório, decido.

Presentes os requisitos para processamento do agravo na forma de instrumento, com fulcro no inc. II do art. 527 do CPC.

Por primeiro, cumpre observar que a antecipação de tutela pode ser concedida pelo magistrado desde que verificada a presença dos requisitos contidos no art. 273 do CPC, vale dizer, o convencimento da verossimilhança das alegações formuladas, aliado à iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação, manifesto propósito protelatório do réu e reversibilidade da medida.

No caso concreto, os documentos formadores do instrumento, por si só, não permitiram entrever, de plano, a verossimilhança do pleito deduzido.

Para a concessão do auxílio-doença, faz-se necessária a demonstração da condição de segurado do requerente, do preenchimento do período de carência, bem como da doença incapacitante de forma temporária, conforme prevê o art. 59 da Lei nº 8.213/91.

Conforme demonstram as informações extraídas do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV (Plenus), ora juntadas, foi indeferida a concessão do benefício na via administrativa em 03/08/2009, 20/07/2010 e 24/08/2010, diante da conclusão contrária da perícia médica.

A agravada sustenta o seu pedido nos atestados médicos e exames que foram juntados por cópias às fls. 31/32 e 34/35. Referidos documentos, no entanto, não fornecem elementos seguros e confiáveis quanto ao estado de saúde da agravada e muito menos quanto à eventual incapacidade laborativa, sendo imprescindível, portanto, a realização de prova pericial para determinar suas reais condições de saúde.

De rigor aguardar-se a conclusão da instrução processual, ocasião em que será possível a verificação dos requisitos ensejadores da concessão da tutela antecipada pretendida, podendo então o Juízo *a quo* reapreciar o cabimento da medida.

Assim, tenho que a verossimilhança do direito invocado pela agravada não restou comprovada, sendo de rigor a cassação da tutela concedida em primeira instância.

Diante do exposto, presentes os requisitos do art. 558, *caput*, do CPC, DEFIRO o efeito suspensivo ao recurso e revogo a tutela antecipada concedida em primeira instância, até o pronunciamento definitivo da Turma.

Comunique-se o teor desta decisão ao Juízo *a quo*, a quem incumbe promover os atos necessários ao seu imediato e integral cumprimento, e intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

MARISA SANTOS
Desembargadora Federal

00078 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035336-94.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035336-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : JOSE NESTOR PIRES
ADVOGADO : ALEXANDRE INTRIERI
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIA LUCIA SOARES DA SILVA CHINELLATO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE INDAIATUBA SP
No. ORIG. : 09.00.00302-6 2 Vr INDAIATUBA/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença c.c. aposentadoria por invalidez, indeferiu o pedido de sobrestamento do feito para a realização de exames médicos complementares, a fim de demonstrar a alegada incapacidade.

Sustenta o agravante, em síntese, que a decisão agravada está cerceando o seu direito probatório, eis que o processo deve ser sobrestado para a realização de exames complementares, conforme requerido pelo Perito, a fim de comprovar a sua incapacidade total e permanente. Pugna pela reforma da decisão.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

O Laudo Médico Pericial, datado de 07/06/2010, acostado às fls. 66/69, relata que o agravante alega ser hipertenso, desde 2002, porém, não trouxe nenhum exame cardiológico que comprove a cardiopatia.

A perícia judicial assim concluiu: "*Como se trata de paciente idoso, de 68 anos de idade, com história de infarto do miocárdio e hipertensão arterial não controlada, que se encontra muito sintomático, cuja atividade requer muito esforço físico, o mesmo se encontra incapaz para realizar suas atividades por 6 meses a partir do dia desta Perícia, 07/06/10, para que neste tempo possa realizar exames e comprove sua incapacidade*".

Em resposta aos quesitos o Sr. Perito declarou ser a incapacidade do autor total e temporária, por 6 (seis) meses, para tratamento e comprovação do diagnóstico, por meio de exames complementares e que, sem os exames que comprovem a doença, não se pode considerar a incapacidade de forma total e permanente.

Nesse contexto, o agravante requereu o sobrestamento do feito pelo prazo de 180 dias (6 meses) para realização de exames específicos a fim de comprovar a sua incapacidade total e permanente.

O R. Juízo *a quo*, por sua vez, indeferiu o sobrestamento do feito nos seguintes termos:

"(...)

Os documentos e exames devem ser juntados pela parte na propositura da ação e levados ao perito para análise no momento da realização do exame.

A perícia tem por incumbência analisar a situação de fato existente na propositura da ação, de acordo com o alegado na inicial. Não há como se suspender o processo no aguardo de eventual melhora ou piora na situação de saúde da parte.

Assim, não havendo mais provas a produzir, concedo às partes o prazo igual e sucessivo de 10 dias para apresentação de memoriais".

É assente que para a comprovação de eventual incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência é necessária a produção de prova pericial. Dessa maneira, o laudo pericial deve ser elaborado de forma a propiciar às partes e ao Juiz o real conhecimento do objeto da perícia, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta, e por fim, responder os quesitos apresentados pelas partes e, eventualmente, pelo Juiz.

In casu, depreende-se que o agravante alega ser portador de doença isquêmica crônica do coração, hipertensão, insuficiência coronária e outros males (fl. 08), contudo, não apresentou exames clínicos, no dia da perícia, a fim de comprovar tais enfermidades, motivo pelo qual, o Sr. Perito concluiu, após exame físico, a incapacidade total e temporária.

Observo, também, que o *expert* judicial respondeu aos quesitos formulados pelas partes e elaborou um laudo completo quanto às condições físicas do agravante, de forma que não se justifica o sobrestamento do feito para a realização de exames complementares a fim de comprovar a incapacidade total e permanente.

Acresce relevar que o julgador é o destinatário da prova e não está adstrito às conclusões do laudo pericial podendo formar sua convicção através da análise do conjunto probatório dos autos, quando reputar necessário, além do que, o autor pode acostar ao feito os exames clínicos que entender necessários, nos termos do artigo 333, I, do CPC, sem, contudo, que o processo seja suspenso.

Outrossim, não há que se falar em cerceamento de defesa, eis que o R. Juízo *a quo* não indeferiu a produção de provas, mas, a suspensão do processo por não entender conveniente.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00079 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035345-56.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035345-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

AGRAVANTE : SUELY DA SILVA

ADVOGADO : EZIQUIEL VIEIRA

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE JACAREI SP

No. ORIG. : 10.00.00092-2 1 Vr JACAREI/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, nos autos da ação conhecimento, objetivando, em sede de tutela, o restabelecimento do benefício de auxílio-doença e, ao final, a aposentadoria por invalidez, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta a agravante, em síntese, que está incapacitada para o seu trabalho habitual e sem recursos para prover o próprio sustento. Afirma a presença dos pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada. Pugna pela reforma da decisão agravada.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante artigo 273, "*caput*", do Código de Processo Civil, havendo prova inequívoca, é faculdade do juiz antecipar os efeitos da tutela pretendida, conquanto se convença da verossimilhança das alegações, aliando-se a isso a ocorrência das situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou seja: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Os requisitos para a concessão do benefício de auxílio - doença , de acordo com o artigo 59 da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não ser a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Para a aquisição do direito a esse benefício é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo dos referidos requisitos.

Vale dizer, o auxílio-doença é benefício conferido àquele segurado que ficar temporariamente incapacitado para exercer atividade laborativa, sendo que, no caso de ser insusceptível de recuperação para a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade, de cujo benefício deverá continuar gozando até que lhe garanta a subsistência (art. 59 e ss. da Lei n. 8.213/91).

A r. decisão agravada de fl. 28 indeferiu a tutela antecipada, nos seguintes termos:

"(...)

Diante do laudo pericial e dos documentos acostados ao autos, indefiro o pedido de tutela antecipada".

De fato, conforme perícia médica judicial, realizada em 03/08/2010, pelo Dr. André Luiz Schützenberger Torres - CRM/SP 116.657, a autora, agravante, é portadora de tendinopatia em ombro direito e lombalgia, com incapacidade parcial e definitiva, podendo atuar em serviço compatível em que não atue com carregamento de peso, não flexione a coluna vertebral, não realize esforço repetitivo com membros superiores, ou seja, em portaria, balconista, informações e telefonista.

Em decorrência, entendo não comprovada, neste exame de cognição sumária e não exauriente, a incapacidade total e permanente da autora para o trabalho ou para as atividades habituais, mediante prova inequívoca, não antevejo, assim, a verossimilhança da alegação para fins de antecipação dos efeitos da tutela pretendida. A propósito, este Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região já decidiu que *"Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pelo agravado, o mesmo não faz jus à implantação do benefício mediante a concessão de tutela antecipada". (TRF3, 2ª Turma, AG nº 2000.03.00.059085-8, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 06/12/2002, p. 511).*

Por outro lado, a autora poderá produzir outras provas, no decorrer da instrução processual, que demonstrem a incapacidade alegada o que ensejará exame acurado por ocasião em que for proferida a sentença.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00080 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035554-25.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035554-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANDRE LUIS DA SILVA COSTA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : APARECIDA LUZIA COSTA DE MORAES
ADVOGADO : RICARDO FRANCISCO LOPES
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BEBEDOURO SP
No. ORIG. : 04.00.00084-1 1 Vr BEBEDOURO/SP
DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de r. decisão que, nos autos da ação de conhecimento, objetivando a concessão de benefício assistencial, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal e na Lei nº 8.742/93, deferiu a tutela antecipada.

Sustenta o agravante, em síntese, a ausência dos requisitos autorizadores à concessão da tutela antecipada. Alega que a agravada não comprovou ser a família impossibilitada de prover a sua manutenção e que não foi realizado estudo social. Aduz, ainda, acerca da possibilidade de irreversibilidade do provimento jurisdicional concedido.

É o relatório do necessário.

DECIDO.

Na forma do artigo 522 c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

Consoante o disposto no artigo 203, inciso V, da C.F., a assistência social será prestada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem *"não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família"*.

A Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, regulamentou o dispositivo constitucional, acima referido, estabelecendo em seu artigo 20 os requisitos para sua implantação, quais sejam: pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho ou, pessoa idosa, bem como ter renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo.

Na hipótese dos autos, o R. Juízo *a quo* ao deferir a antecipação da tutela (fl. 73) assim fundamentou: *"1. A perícia médica subscreta pelo Dr. Guilherme Navarro de Oliveira, concluiu que a autora é paraplégica desde 1992, tendo sofrido traumatismo raqui-medular na altura de T3-T4, enfermidade que causa incapacidade total e permanente para o trabalho (cf. fls. 55). Consequentemente, a prova documental evidencia a presença dos requisitos inerentes à antecipação de tutela, à luz de quadro de dependência e miserabilidade, a tornar imprescindível a implantação do benefício para a sobrevivência da autora. 2. Assim, defiro a liminar antecipatória para determinar a implantação do benefício especificado (...)"*.

De fato, os documentos acostados aos autos, especialmente o de fl. 65, assinado por médico da Prefeitura Municipal de Bebedouro, atesta que a autora, agravada, é paraplégica desde 1992 e não consegue deambular e nem se manter em pé sem ajuda, sendo portadora de incapacidade total e permanente para o trabalho.

Quanto à insuficiência de recursos para prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, ressalte-se que o objetivo da assistência social é prover o mínimo para a sobrevivência do idoso ou incapaz, de modo a assegurar uma sobrevivência digna. Por isso, para sua concessão não há que se exigir uma situação de miserabilidade absoluta, bastando a caracterização de que o beneficiário não tem condições de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família.

Em princípio, o disposto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 não é o único meio de comprovação da miserabilidade do deficiente ou do idoso, devendo a respectiva aferição ser feita, também, com base em elementos de prova colhidos ao longo do processo, observada as circunstâncias específicas relativas ao postulante do benefício. Portanto, não há como afastar a conclusão do R. Juízo de Primeiro Grau no sentido de que a parte autora não tem meios suficientes, por si e por aqueles que com ele coabitam, para prover o seu sustento. Lembra-se aqui precedente do Superior Tribunal de Justiça, que não restringe os meios de comprovação da condição de miserabilidade do deficiente ou idoso: ***"O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor."*** (REsp nº435871/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 391).

Nesse contexto, verifico que não há nos autos documentos que demonstrem a suficiência de recursos da agravada para prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Acresce relevar que não se pode dizer que a tutela concedida poderá constituir situação irreversível, porquanto não se trata de medida que esgota a um só tempo o objeto da demanda, podendo o pagamento do benefício assistencial ser suspenso a qualquer momento, alterada a situação fática em que se sustentou a decisão agravada.

Ademais, conforme já decidiu o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ***"A irreversibilidade do provimento, meramente econômica, não é óbice à antecipação da tutela, em matéria previdenciária ou assistencial, sempre que a***

efetiva proteção dos direitos à vida, à saúde, à previdência ou à assistência social não puder ser realizada sem a providência antecipatória" (AG nº 107208/RS, Relator Juiz RAMOS DE OLIVEIRA, j. 03/10/2002, DJU 06/11/2002, p. 629).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, **INDEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

00081 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013553-22.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.013553-9/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ELISE MIRISOLA MAITAN

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : MARIA APARECIDA DA SILVA PEREIRA

ADVOGADO : RENATA RUIZ RODRIGUES

No. ORIG. : 09.00.00084-4 1 Vr VALPARAISO/SP

DESPACHO

Fls. 63/67 - Manifestem-se as partes sobre as informações obtidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS da DATAPREV.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Monica Nobre

Juíza Federal Convocada

00082 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019059-76.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.019059-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ELISE MIRISOLA MAITAN

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : MONIQUE CAMILA FERREIRA PASSOS DOS SANTOS

ADVOGADO : MARIANE MACEDO MANZATTI

No. ORIG. : 09.00.00012-6 2 Vr GUARARAPES/SP

DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre o estudo social de fl. 178/181.

Após, dê-se nova vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00083 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0020480-04.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.020480-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SERGIO COELHO REBOUCAS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : IZABEL BATISTA DE FREITAS
ADVOGADO : FRANCISCO FRANCI MOREIRA
CODINOME : ISABEL BATISTA DE FREITAS
No. ORIG. : 09.00.00024-9 2 Vr ADAMANTINA/SP
DESPACHO

Fl. 122: defiro o pedido, pelo prazo requerido.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00084 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021244-87.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.021244-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CRISTIANE INÊS ROMÃO DOS SANTOS NAKANO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OSWALDO PATROCINIO
ADVOGADO : EMERSOM GONCALVES BUENO
No. ORIG. : 08.00.00140-7 1 Vr PIRAJUI/SP
DESPACHO

Fls. 108/111: manifeste-se a parte autora acerca do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais apresentado pela Autarquia Previdenciária

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00085 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025390-74.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025390-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDO ONO MARTINS
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : JOSE DE SANTANA
ADVOGADO : FRANCISCO ORFEI
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE PRESIDENTE VENCESLAU SP
No. ORIG. : 09.00.00048-9 2 Vr PRESIDENTE VENCESLAU/SP

DECISÃO

Fls. 138/144: A habilitação dos sucessores deve ser procedida em sede de liquidação de sentença.

Por outro lado, indefiro o pedido de tutela antecipada para a concessão do benefício de pensão por morte, uma vez que refoge ao objeto da lide.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00086 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027539-43.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.027539-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : LUZINETE SANTANA BOAROLLI
ADVOGADO : RONALDO ARDENGHE
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAFAEL DUARTE RAMOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00085-1 1 Vr MONTE AZUL PAULISTA/SP
DESPACHO

Tendo em vista que a parte Apelante é pessoa não alfabetizada, regularize-se a sua representação processual, com a juntada aos autos de procuração por instrumento público, devendo, ainda o i. patrono da parte ratificar todos os seus atos.

Intime-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00087 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0028566-61.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028566-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : JOSE FRANCISCO MODESTO
ADVOGADO : PAULO ROBERTO DE CASTRO LACERDA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MOISES RICARDO CAMARGO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE BARRETOS SP
No. ORIG. : 06.00.00125-3 3 Vr BARRETOS/SP

DESPACHO

Conforme requerido pelo Ministério Público Federal, às fls. 129/131, converto o julgamento em diligência para que a parte autora regularize sua representação processual, nos termos do art. 8º do Código de Processo Civil, no prazo de 10 (dez) dias.

Int.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00088 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029373-81.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.029373-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FELIPE CAVALCANTI DE ARRUDA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : BARBARA SCHIAVETTO incapaz
ADVOGADO : MARIA FERNANDA ALBIERO FERREIRA
REPRESENTANTE : LEILA MARIA SCHIAVETTO
ADVOGADO : MARIA FERNANDA ALBIERO FERREIRA
No. ORIG. : 04.00.00146-5 1 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP
DESPACHO

Fls. 275/277: manifestem-se as partes acerca do documento juntado pelo Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00089 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033159-36.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.033159-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : SUELY SILVA incapaz
ADVOGADO : KELIE CRISTIANNE DE PAULA FERREIRA
REPRESENTANTE : FRANCISCA MARIA GOMES
ADVOGADO : KELIE CRISTIANNE DE PAULA FERREIRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDO ONO MARTINS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00178-4 1 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP
DESPACHO

Fls. 129/131: manifestem-se as partes acerca do CNIS juntado pelo Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00090 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034233-28.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.034233-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal LUCIA URSAIA
APELANTE : FERNANDO MAURO DA SILVA incapaz
ADVOGADO : LAERCIO SALANI ATHAIDE
REPRESENTANTE : ELENICE DE FATIMA MAURO PEREIRA

ADVOGADO : LAERCIO SALANI ATHAIDE
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ADEVAL VEIGA DOS SANTOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00219-1 1 Vr BARRETOS/SP
DESPACHO

Fls. 155/160: manifestem-se as partes acerca do documento juntado pelo Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 10 de novembro de 2010.
LUCIA URSAIA
Desembargadora Federal

00091 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034983-30.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.034983-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES
APELANTE : PATROCINIO MAXIMILIANO FONTANETTI
ADVOGADO : ANTONIO MARIA DENOFRIO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : PRISCILA CHAVES RAMOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00014-3 3 Vr ARARAS/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de restabelecimento da antecipação dos efeitos da tutela em ação de natureza previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Cumprе observar, inicialmente, que a antecipação de tutela pode ser concedida pelo magistrado desde que verificada a presença dos requisitos contidos no art. 273 do Código de Processo Civil, vale dizer, o convencimento da verossimilhança das alegações formuladas, aliado à iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação, manifesto propósito protelatório do réu e reversibilidade da medida.

A hipótese dos autos, no entanto, demanda juízo de cognição exauriente, o qual se divorcia da convicção inequívoca da verossimilhança das alegações, imprescindível ao deferimento da medida de urgência ora pleiteada.

Ante o exposto, indefiro a tutela antecipada.

Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00092 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035964-59.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.035964-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WAGNER ALEXANDRE CORREA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JORGE LUIZ DOS SANTOS MONTUANELLI
ADVOGADO : ANDRE LUIZ DA SILVEIRA

No. ORIG. : 09.00.00011-1 1 Vr CAPAO BONITO/SP

DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre os documentos juntados às fls. 225/226, conforme requerido pelo Ministério Público Federal (fls. 221/224).

Intimem-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00093 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037249-87.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037249-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal NELSON BERNARDES

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LEILA ABRAO ATIQUE
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : LAIDE DE GOES SILVA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : LICELE CORREA DA SILVA

No. ORIG. : 09.00.00043-8 1 Vr PILAR DO SUL/SP

DESPACHO

Fls. 81/83: Oficie-se ao INSS, a fim de que cumpra a tutela antecipada concedida à fl. 56, no prazo de até 20 (vinte) dias.

Intime-se.

São Paulo, 08 de novembro de 2010.
NELSON BERNARDES DE SOUZA
Desembargador Federal

00094 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037606-67.2010.4.03.9999/MS
2010.03.99.037606-3/MS

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE

APELANTE : GRISERDE DIAS DA SILVA

ADVOGADO : SEBASTIAO CARLOS FERREIRA DUARTE

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO HEILMANN
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00031-6 1 Vr ELDORADO/MS

DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre as informações obtidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS da DATAPREV.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00095 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037877-76.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037877-1/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LEANDRO MUSA DE ALMEIDA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : SUELI SOLANGE DE SALES OLIVEIRA

ADVOGADO : FERNANDA PINHEIRO DE SOUZA

No. ORIG. : 08.00.00074-1 2 Vr MIRASSOL/SP

DESPACHO

Fls. 131/139 - Manifeste-se o INSS sobre o pedido de habilitação de herdeiros.
Intime-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00096 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0037978-16.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037978-7/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : PRISCILA CHAVES RAMOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MARIA PINHEIRO DE MATOS CORREA (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : EVELISE SIMONE DE MELO
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 4 VARA DE LIMEIRA SP
No. ORIG. : 09.00.00048-7 4 Vr LIMEIRA/SP
DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre os documentos juntados às fls. 146/147, conforme requerido pelo Ministério Público Federal (fls. 145).
Intimem-se.

São Paulo, 17 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00097 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0039054-75.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039054-0/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
PARTE AUTORA : IVO FRANCISCO DA SILVA
ADVOGADO : ALESSANDRO CARMONA DA SILVA
PARTE RÉ : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDO ONO MARTINS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PRESIDENTE EPITACIO SP
No. ORIG. : 05.00.00243-1 1 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP
DESPACHO

Manifestem-se as partes sobre as informações obtidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS da DATAPREV.
Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

00098 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039931-15.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039931-2/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE
APELANTE : MARIA DA GLORIA DE SOUZA
ADVOGADO : GEOVANE DOS SANTOS FURTADO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALYSSON IDE RIBEIRO DA SILVA

: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00136-7 3 Vr ITAPEVA/SP
DESPACHO

Tendo em vista que a parte Apelante é pessoa não alfabetizada, regularize-se a sua representação processual, com a juntada aos autos de procuração por instrumento público, devendo, ainda o i. patrono da parte ratificar todos os seus atos.

Intime-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
Monica Nobre
Juíza Federal Convocada

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

Expediente Nro 7191/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0020536-81.2003.4.03.9999/SP
2003.03.99.020536-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : PAULO ANTONIO DOS SANTOS
ADVOGADO : PATRICIA SILVEIRA COLMANETTI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FABIO VIEIRA BLANGIS
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 01.00.00005-9 1 Vr IGARAPAVA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou extinta a execução, nos termos do Art. 794, I do CPC.
Alega o recorrente, em síntese, que há saldo remanescente relativo a não atualização monetária no período compreendido entre a data do cálculo e o efetivo pagamento.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Observo que os ofícios requisitórios foram expedidos em 23.09.2009 (fls. 221/222) com valores relativos à data da conta, em 06.03.2008, de R\$ 18.845,94 (principal) e R\$ 1.518,19 (honorários advocatícios).

As RPV's tramitaram regularmente dentro do prazo legal de 60 dias e os valores foram atualizados até 26.10.2009, data dos efetivos pagamentos (fls. 223/224), utilizando-se o IPCA-E como índice de correção monetária, totalizando respectivamente R\$ 20.352,53 e R\$ 1.639,54.

A utilização do Índice de Preços ao Consumidor, Série Especial - IPCA-E, nos termos do Art. 23, § 6º, da Lei nº 10.266/01, para a atualização de saldos de contas de liquidação relativas a débitos previdenciários pagos por meio de precatório/RPV está pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. É o que se vê no julgado que a seguir se transcreve:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE NA DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 18 DA LEI 8.870/94 (CORREÇÃO PELA UFIR/IPCA-E). ACÓRDÃO DO TRF DA 3ª REGIÃO QUE DETERMINA A UTILIZAÇÃO DE ÍNDICES PREVIDENCIÁRIOS (IGP-DI). UFIR E IPCA-E. APLICABILIDADE. PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/08. RECURSO PROVIDO.

1. O art. 18 da Lei 8.870/94 não trata de indexador para atualização de benefícios previdenciários, mas, sim, de atualização de valores pagos mediante precatório, decorrentes de condenação judicial. Os valores expressos em moeda corrente, constantes da condenação, devem ser reajustados, no caso de parcelas pagas em atraso, observando-se o comando estabelecido no art. 41, § 7º, da Lei 8.213/91, e convertidos, à data do cálculo, em quantidade de Unidade Fiscal de Referência - UFIR ou em outra unidade de referência oficial que venha a substituí-la.

2. De uma interpretação sistemática, teleológica e contextualizada de toda a legislação previdenciária, conclui-se que, segundo a inteligência do art. 18 da Lei 8.870/94, os valores decorrentes do atraso no pagamento dos benefícios previdenciários serão corrigidos monetariamente pela variação do INPC (janeiro a dezembro de 1992), IRSM (janeiro de 1993 a fevereiro de 1994), URV (março a junho de 1994), IPC-r (julho de 1994 a junho de 1995), INPC (julho de 1995 a abril de 1996) e IGP-DI (a partir de maio de 1996). Tais valores, expressos em moeda corrente, seriam, tão-somente, para a preservação do valor da moeda, convertidos em UFIR a partir de janeiro de 1992 e, após a extinção desta, corrigidos pelo IPCA-E, a teor do disposto no art. 23, § 6º, da Lei 10.266/01, posteriormente repetido pelo art. 25, § 4º, da Lei 10.524/02 e, assim, sucessivamente, até a edição da Lei 11.768, de 14/8/08 - que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 -, em seu art. 28, § 6º. Destarte, a partir da elaboração da conta de liquidação, prevalecem a UFIR e o IPCA-E.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08. (REsp 1102484/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 20/05/2009)

Superada a questão da atualização monetária, efetivada desde a data do cálculo até o efetivo pagamento, resta analisar a incidência dos juros de mora.

Não se reconhece a incidência de juros de mora nos períodos compreendidos entre a data do cálculo e a data de expedição do ofício precatório e desta para a data do efetivo pagamento, conforme entendimento consolidado no Egrégio Supremo Tribunal Federal. É o que se vê nos julgamentos que a seguir se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA. 2. Não-incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e a data de expedição do ofício precatório, desde que se observe o que preceitua o disposto no artigo 100, § 1º, da Constituição do Brasil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR em RE 561800; Rel. Ministro Eros Grau; DJ de 01.02.2008)

CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. C.F., ART. 100, § 1.º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000).

Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 305186 / SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.10.2002).

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação, nos termos do Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000366-36.2003.4.03.6104/SP

2003.61.04.000366-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ARTUR TEIXEIRA MARTINS (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : VALERIA ALVARENGA ROLLEMBERG e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALVARO PERES MESSAS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou extinta a execução, nos termos do Art. 794, I do CPC.

Alega o recorrente, em síntese, que há saldo remanescente relativo a não atualização monetária no período compreendido entre a data do cálculo e o efetivo pagamento.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Observo que os ofícios requisitórios foram expedidos em 02.03.2007 (fls. 102/104) com valores relativos à data da conta, em 01.01.2006, de R\$ 20.173,03 (principal) e R\$ 2.017,30 (honorários advocatícios).

As RPV's tramitaram regularmente dentro do prazo legal de 60 dias e os valores foram atualizados até 20.04.2007 e 23.04.2007, data dos efetivos pagamentos (fls. 148 e 149), utilizando-se o IPCA-E como índice de correção monetária, totalizando respectivamente R\$ 21.059,58 e R\$ 2.105,95.

A utilização do Índice de Preços ao Consumidor, Série Especial - IPCA-E, nos termos do Art. 23, § 6º, da Lei nº 10.266/01, para a atualização de saldos de contas de liquidação relativas a débitos previdenciários pagos por meio de precatório/RPV está pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. É o que se vê no julgado que a seguir se transcreve:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE NA DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 18 DA LEI 8.870/94 (CORREÇÃO PELA UFIR/IPCA-E). ACÓRDÃO DO TRF DA 3ª REGIÃO QUE DETERMINA A UTILIZAÇÃO DE ÍNDICES PREVIDENCIÁRIOS (IGP-DI). UFIR E IPCA-E.

APLICABILIDADE. PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/08. RECURSO PROVIDO.

1. O art. 18 da Lei 8.870/94 não trata de indexador para atualização de benefícios previdenciários, mas, sim, de atualização de valores pagos mediante precatório, decorrentes de condenação judicial. Os valores expressos em moeda corrente, constantes da condenação, devem ser reajustados, no caso de parcelas pagas em atraso, observando-se o comando estabelecido no art. 41, § 7º, da Lei 8.213/91, e convertidos, à data do cálculo, em quantidade de Unidade Fiscal de Referência - UFIR ou em outra unidade de referência oficial que venha a substituí-la.

2. De uma interpretação sistemática, teleológica e contextualizada de toda a legislação previdenciária, conclui-se que, segundo a inteligência do art. 18 da Lei 8.870/94, os valores decorrentes do atraso no pagamento dos benefícios previdenciários serão corrigidos monetariamente pela variação do INPC (janeiro a dezembro de 1992), IRSM (janeiro de 1993 a fevereiro de 1994), URV (março a junho de 1994), IPC-r (julho de 1994 a junho de 1995), INPC (julho de 1995 a abril de 1996) e IGP-DI (a partir de maio de 1996). Tais valores, expressos em moeda corrente, seriam, tão-somente, para a preservação do valor da moeda, convertidos em UFIR a partir de janeiro de 1992 e, após a extinção desta, corrigidos pelo IPCA-E, a teor do disposto no art. 23, § 6º, da Lei 10.266/01, posteriormente repetido pelo art. 25, § 4º, da Lei 10.524/02 e, assim, sucessivamente, até a edição da Lei 11.768, de 14/8/08 - que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 -, em seu art. 28, § 6º. **Destarte, a partir da elaboração da conta de liquidação, prevalecem a UFIR e o IPCA-E.**

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/08.

(REsp 1102484/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 20/05/2009)

Superada a questão da atualização monetária, efetivada desde a data do cálculo até o efetivo pagamento, resta analisar a incidência dos juros de mora.

Não se reconhece a incidência de juros de mora nos períodos compreendidos entre a data do cálculo e a data de expedição do ofício precatório e desta para a data do efetivo pagamento, conforme entendimento consolidado no Egrégio Supremo Tribunal Federal. É o que se vê nos julgamentos que a seguir se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA. 2. Não-incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e a data de expedição do ofício precatório, desde que se observe o que preceitua o disposto no artigo 100, § 1º, da Constituição do Brasil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgR em RE 561800; Rel. Ministro Eros Grau; DJ de 01.02.2008)

CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. C.F., ART. 100, § 1.º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000).

Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 305186 / SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.10.2002).

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação, nos termos do Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010826-58.2003.4.03.6112/SP

2003.61.12.010826-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : LUCILE GEORGINA BARBOSA DE FREITAS

ADVOGADO : ALEXANDRE YUJI HIRATA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : WALMIR RAMOS MANZOLI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS, de modo que a apuração e a conversão do benefício de aposentadoria da parte autora (DIB 28/01/1993) em URVs, determinada pelo inciso I do artigo 20 da Lei nº 8.880/94, se dê com base nos valores integrais e não nominais das prestações dos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994, seguido dos reajustes legais e automáticos posteriores com base no novo valor assim apurado, o pagamento das diferenças apuradas não prescritas, acrescidas de correção monetária pelos índices que indica, juros de mora, honorários advocatícios e demais cominações legais.

A r. sentença monocrática julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 100,00 (cem reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DE C I D O.

Dos benefícios sob a égide da Lei nº 8.213/91 e legislações subsequentes:

A partir da edição da Lei nº 8.213 de 24/07/1991, os benefícios de prestação continuada, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, passaram a ser reajustados pelo INPC que, por força do §2º do artigo 9º da Lei nº 8.542/92, a partir de janeiro de 1993, foi substituído pelo IRSM, sendo este, por sua vez, alterado pela Lei nº 8.700/93. Esta lei veio a determinar que os benefícios fossem reajustados no mês de setembro de 1993 pela variação acumulada do IRSM do quadrimestre anterior, e nos meses de janeiro, maio e setembro de 1994, pela aplicação do Fator de Atualização Salarial - FAS, a partir de janeiro de 1994, deduzidas as antecipações concedidas, destacando-se que, a partir de março de 1994, o artigo 20 da Lei nº 8.880/94, instituiu a Unidade Real de Valor - URV, determinando que os benefícios mantidos pela Previdência Social deveriam ser convertidos em URV, em 01/03/1994.

Nessa ocasião, os segurados passaram a indagar as antecipações de 10% que lhe foram concedidas e, a existência, ou não, de perdas quando da conversão dos benefícios em número de URV's.

Ocorre que, quanto ao tema, o Pretório Excelso, em decisão plenária, assim como o C. Superior Tribunal de Justiça, cristalizaram entendimento, ao qual me curvo:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. LEIS 8542/92 E 8700/93. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO PARA URV. CONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA 'NOMINAL' CONTIDA NO INCISO I DO ARTIGO 20 DA LEI 8880/94. ALEGAÇÃO PROCEDENTE.

1. O legislador ordinário, considerando que em janeiro de 1994 os benefícios previdenciários teriam os seus valores reajustados, e que no mês subsequente se daria a antecipação correspondente à parcela que excedesse a 10% (dez por cento) da variação da inflação do mês anterior, houve por bem determinar que na época da conversão da moeda para Unidade Real de Valor fosse observada a média aritmética das rendas nominais referentes às competências de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, período que antecedeu a implantação do Plano Real, dado que a URV traduzia a inflação diária.

2. Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8542/92, 8700/93 e 8880/94. Inconstitucionalidade da palavra nominal contida no inciso I do artigo 20 da Lei 8880/94, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, artigo 5º XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994.

- Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF, RE 313382/SC, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU: 08/11/2002, Tribunal Pleno).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. CONVERSÃO EM URV. INCORPORAÇÃO. IRSM INTEGRAL. NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 1993. JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO.

1. O critério estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 8.880/94 para conversão dos benefícios previdenciários em manutenção para URV não gerou ofensa a direito dos segurados.

2. As antecipações de 10% referentes a novembro e dezembro de 1993 foram incorporadas aos valores dos benefícios reajustados em janeiro/94, ao final do quadrimestre, nos exatos termos da Lei nº 8.700/93, e computados na média aritmética calculada conforme o artigo supracitado.

3. Quanto aos meses de janeiro e fevereiro não tendo se completado o quadrimestre, o que somente ocorreria no mês de maio, não há falar em direito adquirido, na medida em que, por ocasião da conversão dos benefícios em URV, o que havia era mera expectativa de direito.

4. Entendimento pacificado no STJ e STF.

5. Recurso especial conhecido e provido."

(STJ/ 5ª Turma, RESP 498457, Relatora Min. Laurita Vaz, DJU: 28/04/2003, pág. 264).

Posteriormente, o §3º do artigo 29 da Lei nº 8.880/94 determinou o critério de reajuste dos benefícios a partir de 01/07/1994, que veio à luz com o IPC-r, a ser computado em maio de 1995.

Nesse momento, merece destaque o reajuste de 8,04%, relativo ao aumento do salário mínimo de R\$ 64,79 (sessenta e quatro reais e setenta e nove centavos) para R\$ 70,00 (setenta reais), em consonância com o §6º do artigo 29 da Lei nº 8.880/94, em setembro de 1994, cuja aplicação foi restrita, tão somente, aos benefícios vinculados ao salário mínimo.

Outro não é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. AFERIÇÃO. BENEFÍCIO. CONVERSÃO EM URV. DIA A CONSIDERAR. REAJUSTES DE SETEMBRO 94 E MAIO 96.

(...omissis...)

O art. 20, inc. I da Lei 8.880/94 não prevê a divisão dos valores nominais dos benefícios nos meses 11.93, 12.93, 01.94 e 02.94 pelos valores em Cruzeiros Reais do equivalente em URV do início de cada mês e, sim, do último dia desses meses.

O aumento do salário mínimo de setembro 94 (8,04%) não aproveita os benefícios de valores acima do salário mínimo. (...omissis...)

Recurso conhecido em parte e, nessa, desprovido."

(STJ/ RESP 328621, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU: 08/04/2002, pág. 266)

Na sequência, os benefícios passaram a ser corrigidos pela variação acumulada do IGP-DI, a partir de 1º de maio de 1996, de acordo com o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.415, de 29/04/96, reeditada pela Medida Provisória nº 1.463, de 29/05/96, convalidada pelas Medidas Provisórias nºs 1.731-33, de 14/12/98, 1.869-40, de 29/06/99 e 1.945-46, de 09/12/99 e suas reedições.

Destarte, na ocasião, restou prejudicada a correção dos benefícios pela variação integral do INPC, no período compreendido entre maio/95 e abril/96, no percentual de 18,9%, reajuste este que não se verificou, por força da Medida Provisória nº 1.415/96, que determinou a correção pelo IGP-DI, novo critério de política salarial.

Com efeito, não há que se falar em direito adquirido, pois a Medida Provisória nº 1.053, de 30/06/1995 e suas reedições, prevendo a sistemática anterior, foi revogada pela Medida Provisória nº 1.415/96, que alterou a sistemática de correção, antes mesmo que o INPC se tornasse um direito adquirido.

Além disso, a MP nº 1.415, de 29/04/1996, revogou o artigo 29 da Lei nº 8.880/94 e determinou que os benefícios previdenciários fossem pagos pelo INSS, em maio de 1996, pela variação do IGP-DI/FGV, sendo que o respectivo mecanismo continua em vigor, de acordo com a MP nº 1.946, em sua 34ª edição, de 09/12/1999.

Cabe destacar, ainda, que a MP nº 1.415/96 culminou na Lei nº 9.711 de 20/11/1998 que, por sua vez, determinou o reajuste dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI/FGV, em maio de 1996, alterando a partir de junho de 1997 o critério de reajuste, com a aplicação do índice de 7,76%, no respectivo mês, e 4,81%, em junho de 1998.

Na sequência, os benefícios foram reajustados em junho de 1999 (4,61%), por força da Lei nº 9.971/2000, em junho de 2.000 (5,81%), nos termos da MP nº 2.187-13/01, em junho de 2.001 (7,76%), em razão do Decreto nº 3.826/2001, em junho de 2.002 (9,20%), em razão do Decreto nº 4.249/02, em junho de 2.003 (19,71%), em razão do Decreto nº 4.709/03, em junho de 2004 (4,53%), em razão do Decreto nº 5.061/04, em maio de 2005 (6,355%), em razão do Decreto nº 5.443/05, e em 2006, em razão do Decreto nº 5.756/06.

Destaque-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em sessão plenária o RE 376.846/SC, reafirmou a constitucionalidade dos artigos 12 e 13 da Lei nº 9.711, de 20/11/1998, dos §§ 2º e 3º do artigo 4º da Lei nº 9.971, de 18.05.2000 e artigo 1º da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24.08.2001, afastando a aplicação do IGP-DI nos reajustes dos meses de junho de 1997, 1999, 2000 e 2001, devendo prevalecer os índices acima citados, decorrentes dos preceitos legais supra mencionados, restando infrutíferas as ações dos segurados, visando a aplicação do IGP-DI nos reajustes anuais referentes aos anos de 1997 a 2003, com exceção de 1998 (em que o reajuste do INSS foi maior que a variação do IGP-DI).

Portanto, diante dos mecanismos acima explicitados, inexistem irregularidades a serem sanadas, haja vista o respaldo legal e jurídico dos procedimentos adotados pelo Instituto.

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior"

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Posto isso, **nego seguimento à apelação da parte autora**, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003942-71.2003.4.03.6125/SP
2003.61.25.003942-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : IOLANDA FORTES DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADO : THAIS HELENA TEIXEIRA AMORIM FRAGA NETTO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA MOREIRA DOS SANTOS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos, etc

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que a parte autora não logrou êxito em comprovar suas alegações de efetivo exercício de atividade rural pelo período aduzido. Houve condenação da autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início razoável de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim o exercício de atividade rurícola pelo período correspondente ao vindicado, a teor do artigo 143 da Lei n. 8.213/91.

Não houve apresentação de contrarrazões (fl. 214).

Após breve relatório, passo a decidir.

A parte autora, nascida em 19.10.1933, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 19.10.1988, devendo comprovar 5 anos de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei n. 8.213/91 para a obtenção do benefício em epígrafe.

A jurisprudência do E. STJ já se firmou no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, a autora acostou aos autos cópia de sua certidão de casamento, celebrado em 28.01.1954 (fl. 12), na qual seu cônjuge fora qualificado como *lavrador*, constituindo tal documento início de prova material quanto ao labor rurícola da autora.

No entanto, a demandante não logrou comprovar o exercício de atividade rural no período anterior a data em que completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, pois afirma em seu depoimento pessoal (fl. 153): "...a autora mudou-se para Ourinhos/SP em 1974, época em que seus filhos começaram a freqüentar as escolas. Desde então a autora ficava na cidade cuidando da casa e dos filhos. O marido trabalhava na propriedade rural".

Desse modo, embora as testemunhas ouvidas às fl. 154/155, tenham afirmado conhecer a requerente há aproximadamente 45 anos e desde 1968, respectivamente, e que ela sempre trabalhou no campo, tais assertivas restam fragilizadas ante as informações prestadas pela autora, no sentido de que deixou de trabalhar na condição de lavradora por vários anos antes do implemento do requisito etário.

Destarte, considerando que a autora completou 55 anos em 19.10.1988 e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, um dos requisitos externados no artigo 143 da Lei nº 8.213/91 não foi cumprido, qual seja, o labor rural no período imediatamente anterior ao implemento da idade.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da autora.** Não há condenação da autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

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

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00005 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0020778-69.2005.4.03.9999/SP
2005.03.99.020778-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : MARIA ODETE REGHINI LAZARIN
ADVOGADO : MARIA CAROLINA NOBRE
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FLAVIA MORALES BIZUTTI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BARRA BONITA SP
No. ORIG. : 03.00.00136-2 1 V_r BARRA BONITA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS, visando a correção dos salários-de-contribuição do benefício da parte autora e do teto do salário-de-benefício, pelo índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994, pagamento das diferenças apuradas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, honorários advocatícios e demais despesas comprovadas.

A r. sentença monocrática julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o INSS ao recálculo da RMI do benefício do autor, com a aplicação, na correção monetária dos salários-de-contribuição, da variação do IRSM referente à fevereiro de 1994, e observância do disposto no §3º do artigo 21 da Lei nº 8.880/94, caso o salário de benefício exceda o previsto no §2º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, condenando a autarquia federal, ainda, ao pagamento das diferenças apuradas, observando-se a prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária, nos termos das Súmulas n.º 08 do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3.ª Região e n.º 148 do Superior Tribunal de Justiça, mais juros de mora fixados em 6% ao ano, a contar da citação. Sucumbência parcial, arcando cada uma das partes com 50% das custas e com os honorários do seu patrono. Foi determinado o reexame necessário.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a correção do teto dos benefícios pelo índice IRSM de fevereiro de 1994; a majoração dos juros de mora; e a condenação da autarquia ao pagamento de honorários advocatícios.

Por sua vez, recorre a autarquia pleiteando a reforma da r. sentença, com a total improcedência da ação.

Foi requerida a desistência da ação pela parte autora na fl. 116.

Em petição nas fls. 118/119, o INSS não aceita a desistência e requer a condenação da parte autora em litigância de má-fé.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

D E C I D O.

Da coisa julgada:

Compulsando os autos, verifica-se nas fls. 141/171 a existência de ação anteriormente ajuizada pelo marido da parte autora (Processo nº 2003.03.99.017509-0, perante a 1.ª Vara Cível da Comarca de Barra Bonita/SP), em que o marido da apelante também pleiteou a revisão de seu benefício previdenciário, sendo idêntico o pedido ao da presente ação (a correção dos salários-de-contribuição do benefício do marido da parte autora, com a inclusão do índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994), destacando-se que a r. sentença proferida naqueles autos transitou em julgado.

Com efeito, é vedado à parte autora requerer ao Poder Judiciário que se manifeste novamente sobre questão já examinada.

Destarte, a jurisdição é una e indivisível, não comportando apreciações superpostas a respeito de questões já decididas.

Ocorre, na espécie, a coisa julgada, assim concebida respectivamente pelos artigos 301, § 3º, 2ª parte e 467, ambos do Código de Processo Civil:

"Art. 301:

§ 3º: ...; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.
....."

"Art. 467: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."

Assim, verificando-se no caso em questão a identidade de partes, causa de pedir e pedido, visando o mesmo efeito jurídico da demanda anterior, definitivamente julgada pelo mérito, configurada está a ofensa à coisa julgada material, impondo-se a extinção do presente feito, sem julgamento do mérito (inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil).

Destarte, aplicável, no presente caso o disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557.

§1º-A - Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso."

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Isto posto, **reconheço a existência de coisa julgada**, nos termos do inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil, e **dou provimento à remessa oficial**, nos termos do §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, restando prejudicada a análise da apelação da parte autora e do INSS.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000457-61.2005.4.03.6103/SP

2005.61.03.000457-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : TACIANA DOS SANTOS GUIDINI incapaz
ADVOGADO : CELSO RIBEIRO DIAS e outro

: TIAGO RAFAEL FURTADO
REPRESENTANTE : JANETE GONCALVES DOS SANTOS GUIDINI
ADVOGADO : CELSO RIBEIRO DIAS
: TIAGO RAFAEL FURTADO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HILTON PLACIDO DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00004576120054036103 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP
DECISÃO

Vistos.

1. À Subsecretaria de Registro e Informações Processuais - SRIP para a devida correção na autuação, devendo constar como apelantes Taciana dos Santos Guidini e Janete Gonçalves dos Santos Guidini, conforme apelação de fls. 77/85 e o Instituto Nacional do Seguro Social, conforme apelação de fls. 86/93.

2. Trata-se de apelações interpostas por Taciana dos Santos Guidini e outro e pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de cônjuge e filha do *de cuius*, com óbito ocorrido em 26.07.1996.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder às autoras, o benefício de pensão por morte em decorrência do óbito de Jurandyr Guidini, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, a partir da data da implantação do benefício nº 140.634.923-0 (01/01/2006 - Sistema INFBR-DATAPREV), restando mantida a antecipação da tutela concedida às fls. 61/67. Condenou, ainda, a ré a pagar às autoras, eventuais prestações atrasadas, observada a prescrição quinquenal, cujo "quantum" será apurado em liquidação, incidindo juros de mora e correção monetária. Os juros de mora serão devidos a partir da data da citação, à taxa de 1% (um por cento), nos termos dos artigos 406 e 407, ambos do novo Código Civil, combinado com o §1º, artigo 161 do CTN. A correção monetária de eventuais atrasados incidirá a partir do vencimento de cada prestação, considerando-se o período compreendido entre o mês que deveria ter sido paga e o mês do efetivo pagamento, observando-se os índices estabelecidos no Provimento nº 26/2001 da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região para demandas previdenciárias, com a aplicação dos índices apontados na Portaria 92/2001 da Diretoria do Foro da Seção Judiciária de São Paulo, inclusive eventuais expurgos neles referidos. Condenou a ré nas custas judiciais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, devidamente atualizado. Sentença não submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais, a parte autora requer a alteração do termo inicial do benefício para a data do óbito.

O INSS, por sua vez, apelou sustentando, preliminarmente, a concessão do efeito suspensivo e revogação da decisão liminar concedida. No mérito, sustenta, em síntese, a perda da qualidade de segurado do falecido no momento do óbito, razão pela qual é indevida a concessão da pensão por morte à parte autora. Caso seja mantida a procedência da ação, requer a redução dos honorários advocatícios, ressaltando que não foi observado os ditames da Súmula nº 111 do STJ. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões da parte autora, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

Em seu parecer de fls. 113/116, o ilustre representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da apelação interposta pelo INSS, restando prejudicado o recurso da parte autora.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte, quais sejam: a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica do beneficiário postulante.

Dispensada está, portanto, a demonstração do período de carência, consoante regra expressa no artigo 26, I, da Lei nº 8.213/91.

No presente caso, não há controvérsia acerca da dependência econômica da parte autora.

No tocante à qualidade de segurado, aplica-se o artigo 15, II, da Lei nº 8.213/91, segundo o qual perde a qualidade de segurado aquele que deixar de contribuir por mais de 12 (doze) meses à Previdência Social. Tal prazo poderá, ainda, ser prorrogado por até 24 (vinte e quatro) meses, se o segurado tiver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado, ou acrescido de 12 (doze) meses, se o segurado desempregado comprovar tal situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Ressalte-se, contudo, que não perderá a condição de segurado aquele que preencheu anteriormente as condições necessárias à obtenção de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral da Previdência Social - RGPS, bem como aquele que se encontrava incapacitado para o trabalho.

No presente caso, não restou comprovado que o *de cuius* ostentasse a qualidade de segurado da Previdência Pública quando do seu falecimento, ocorrido em 26.07.1996, já que o seu último vínculo empregatício encerrou-se em 06.05.1987 com o empregador "Companhia Brasileira de Distribuição" (CNIS - fls. 37), tendo passado mais de nove anos sem recolhimento das contribuições previdenciárias, não se enquadrando nos prazos previstos no artigo 15 da Lei nº 8.213/91. O preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a obtenção de qualquer aposentadoria também não

restou demonstrado. Ausente, portanto, a comprovação de que o falecido mantinha a qualidade de segurado quando de seu óbito, requisito para a concessão do benefício de pensão por morte, nos termos do artigo 74, *caput*, e 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

A respeito do assunto, destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO DE CUJUS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A condição de segurado do de cujus é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte ao(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - In casu, não detendo a de cujus, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.

Recurso especial provido.

(Resp 1110565/SE, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção; j. 27.05.2009; v.u., DJ 03/08/2009)

Também já decidiu esta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. FALTA DE QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Para efeito de concessão do benefício de pensão por morte, devem ser observados os seguintes requisitos: a) a qualidade de segurado do de cujus e b) dependência econômica dos beneficiários.

III - Tendo o falecimento ocorrido mais de quatro anos após a última contribuição, é forçoso concluir que ocorreu a perda da qualidade de segurado, sendo inaplicável o disposto no § 2º do artigo 102 da Lei 8.213/91, posto que não cumpridos os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria.

IV - Não há condenação aos ônus da sucumbência (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS provida.

(AC 2006.03.99.036424-0; Rel. Juiz Conv. David Diniz; 10ª T.; j. 12.02.2008, v.u.; DJU 17.02.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR URBANO. QUALIDADE DE SEGURADO. INDEMONSTRADA. BENEFÍCIO INDEFERIDO.

- Óbito ocorrido na vigência da Lei nº 8.213/91.

- O cônjuge e o filho menor de 21 anos ou inválido são considerados dependentes do segurado, sendo sua dependência econômica presumida.

- Ocorrida a perda da qualidade de segurado e não tendo sido preenchidos os requisitos à alguma espécie de aposentadoria, não se aplica o disposto no art. 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- No que pertine à condenação nos consectários, a apelação dos autores não abordou tal questão, restando obstada a reforma da sentença, nesse particular, sob pena de malferimento ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum (arts. 512 e 515 do CPC).

- Recurso improvido.

(AC 2000.61.15.000104-7; Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel; 10ª T.; j. 12.02.2008, v.u.; DJU 20.02.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS. PRECEDENTE DO E. STJ. IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA.

1. Para fins de obtenção do benefício previdenciário de pensão por morte ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, consoante prevêm os artigos 26 e 74 da Lei 8.213/91, é necessário o preenchimento dos requisitos: ser dependente; comprovação da qualidade de segurado do "de cujus" ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão de aposentadoria, nos termos dos artigos 15 e 102 da Lei 8.213/91, com a redação dada pelas Leis 9.528/97 e 10.666/03.

2. Precedente do STJ.

3. Incabível a condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, considerando que ela é beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita, consoante orientação do C. STF.

4. Sentença mantida.

5. Apelação das partes autoras improvida.

(AC 2002.61.83.000184-9; Rel. Des. Fed. Jediael Galvão; 10ª T.; j. 15.01.2008, v.u.; DJU 13.02.2008)

PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO REJEITADA. FILHA MENOR - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

- No tocante à preliminar de não conhecimento da apelação da parte autora, por não atender aos requisitos legais, veiculada nas contra-razões da autarquia federal, rejeito-a. De fato, a parte autora apresentou o argumento, ainda que de forma sucinta, quanto ao seu entendimento de desnecessidade da manutenção da qualidade de segurado para a

concessão da pensão por morte. Assim, verifico que a apelação interposta atende aos requisitos da legislação processual civil, não se havendo falar em não conhecimento do recurso.

- A dependência econômica de filho menor é presumida (artigo 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91).

- Entre a data do último vínculo empregatício e a data do falecimento decorreu mais de três anos.

- O "período de graça" pode ser estendido por até três anos, se comprovado o recolhimento de mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção, além do desemprego involuntário pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, o que não ocorre no caso presente, havendo a perda da qualidade de segurado (art. 15, §§ 1º e 2º, Lei nº 8.213/91).

- O art. 102 da Lei 8.213/91 não se aplica à espécie, pois estabelece que a perda da qualidade superveniente à implementação de todos os requisitos à concessão do benefício não obsta sua concessão. In casu, a perda da qualidade de segurado ocorreu antes de se aperfeiçoarem os requisitos ao direito à pensão por morte.

- Preliminar rejeitada e apelação da parte autora improvida.

(AC 2000.03.99.056241-2; Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky; 8ª T.; j. 23.06.2008, v.u.; DJF3 12.08.2008)

"PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - COMPANHEIRA E FILHOS MENORES - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO - AUSENTE UM DOS REQUISITOS - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS - SENTENÇA REFORMADA.

1. (...)

2. A legislação aplicada na concessão do benefício pensão por morte é aquela vigente na época do evento morte. Assim, a fruição da pensão por morte, em análise, tem como pressupostos a implementação de todos os requisitos previstos na legislação previdenciária para a concessão do benefício, quais sejam, a existência de um vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição previdenciária, a dependência econômica entre a pessoa beneficiária e o segurado e a morte do segurado.

3. Os autores demonstram, conforme a presunção legal do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que eram dependentes do falecido, decorrente da convivência marital, bem como do vínculo paternal - certidões de nascimento dos cinco filhos e de óbito.

4. Perdida a condição de segurado previdenciário pelo de cujus no tempo do óbito, uma vez que o seu último contrato de trabalho, registrado em Carteira Profissional, encerrou-se em dezembro de 1994 e o passamento ocorreu em 08 de janeiro de 2000, os autores não preenchem, simultaneamente, todos os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte, impondo-se a improcedência do pedido.

5. Sucumbente isento do pagamento das custas e despesas processuais por ser beneficiário da justiça gratuita.

6. No que concerne aos honorários advocatícios, os mesmos devem ser fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando suspensa sua execução, a teor do que preceitua o art. 12 da Lei n.º 1.060/50.

7. Apelação do INSS provida." (grifo nosso)

(AC 2002.03.99.043457-1; Rel. Des. Fed. Leide Pólo; 7ª T.; v.u.; j. 15.12.2003; DJU 18.02.2004)

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA NÃO PREENCHIDOS. ARTIGO 102, §§ 1º e 2º DA LEI 8.213/91.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o juiz entende estar suficientemente instruído o processo, de forma a permitir a apreciação do mérito.

2. A legislação aplicável à pensão por morte é a vigente na data do óbito.

3. A perda da qualidade de segurado aliada ao não preenchimento dos requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, impedem a concessão da pensão por morte aos dependentes.

4. Apelação improvida." (grifo nosso)

(AC 2000.61.13.000314-2; Rel. Des. Fed. Marisa Santos; 9ª T.; j. 22.09.2003, v.u.; DJU 23.10.2003)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO PREVIDENCIÁRIO DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. 1-Havendo pretensão à PENSÃO POR MORTE, deve ser comprovada a qualidade de segurado do de cujus ao tempo de sua morte. 2-Caso contrário, se faz necessário provas ou indícios materiais da condição pessoal do de cujus, seja no tocante a sua eventual incapacidade para o trabalho ou ao exercício de outras atividades vinculadas à Previdência Social, embora sem registros formais, que permitiriam a preservação da sua condição de segurado.

3-Na ausência de tais provas ou indícios, frustra-se a demonstração da qualidade de segurado e dos direitos que caberiam a seus virtuais beneficiários. 4-Apelação e remessa oficial a que se dá provimento".

(AC 2000.03.99.043166-4, Rel. Juiz Fed. Convocado Rubens Calixto, 1ª T., j. 10.09.2002, v.u., DJ 10/12/2002)

Ausente, portanto, um dos requisitos necessários à concessão do benefício, é de ser reformada a r. sentença.

Deixo de condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, por ser beneficiária da Justiça Gratuita (v.g. TRF 3ª Região, AC 96.03.096933-8, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª T., j. 31/05/2005, DJ 22/06/2005).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, §1º-A do Código de Processo Civil, **dou provimento** à apelação do INSS e julgo prejudicada a apelação da parte autora, cassando, em decorrência, a tutela antecipada deferida.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000552-37.2005.4.03.6121/SP
2005.61.21.000552-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : RUBENS DOS SANTOS

ADVOGADO : IVANI MENDES e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JAMIL JOSE SAAB e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

EXCLUÍDO : Uniao Federal

No. ORIG. : 00005523720054036121 1 Vr TAUBATE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por RUBENS DOS SANTOS em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando a modificação do valor do fator previdenciário aplicável no do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 24.12.2003), bem como a utilização a tábua de mortalidade publicada em 2002, ou apenas as variações médias apontadas nos últimos anos, mas preservando a aplicação da tábua de 2002.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 37/49, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, deixando de condenar a parte autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da justiça gratuita. Custas *ex lege*.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário. Aduz o afastamento da tábua de mortalidade publicada em dezembro/2003 pelo IBGE, utilizada no cálculo do fator previdenciário de seu benefício. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº

8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, in verbis:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001299-92.2005.4.03.6183/SP

2005.61.83.001299-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : PAULO ROBERTO KASPERAVICIUS

ADVOGADO : SERGIO RICARDO FONTOURA MARIN e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANNA STELLA LEMOS FERREIRA LOCATELLI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00012999220054036183 1V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Sem condenação da parte autora ao pagamento de custas ou honorários advocatícios, em razão da concessão da justiça gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascido em 25.01.1949, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a qual está prevista no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo pericial, elaborado por médico oftalmologista em 15.01.2010 (fl. 88/94), revela que o autor é portador de cegueira do olho direito, não apresentando incapacidade para o trabalho. Relatou que o autor apresentou episódio de desequilíbrio mental, sugerindo o pelo perito a avaliação de sua capacidade laborativa por meio de médico psiquiatra.

Entretanto, o autor foi examinado por profissional da área de psiquiatria que constatou inexistir doença mental, tampouco incapacidade laborativa, consoante laudo juntado à fl. 126/129.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa do autor, a justificar a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez por ele pleiteado, o qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que o autor venha a pleitear o benefício em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002036-95.2005.4.03.6183/SP

2005.61.83.002036-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : VADERLUCIO FERREIRA

ADVOGADO : JAMIR ZANATTA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : SONIA MARIA CREPALDI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00020369520054036183 2V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a conversão do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez. Sem condenação da parte autora ao pagamento de custas ou honorários advocatícios.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascido em 25.01.1971, pleiteou a conversão do benefício de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, a qual está prevista no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo pericial, elaborado em 17.02.2010 (fl. 69/86), revela que o autor é portador de varizes dos membros inferiores, com conduta cirúrgica em 2007 e indicação de uso de vasotônico e meia elástica, não estando incapacitado para o trabalho.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa do autor, a justificar a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez por ele pleiteado, o qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que o autor venha a pleitear o benefício em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006145-55.2005.4.03.6183/SP

2005.61.83.006145-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ZENILDA MARIA CESE BASSI
ADVOGADO : VICTOR HUGO PEREIRA DE LIMA CARVALHO XAVIER
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANNA STELLA LEMOS FERREIRA LOCATELLI
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ZENILDA MARIA CESE BASSI em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 20.05.2005) considerando a tábua de mortalidade do ano de 2011, na apuração do fator previdenciário.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 15/19, pugnano pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido. Sem custas e honorários advocatícios em razão da concessão da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário. Aduz que em momento algum as Leis nºs 9.876/99 e 8.213/91 determinaram a modificação da tábua de mortalidade anualmente. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º

E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. *Apelação da parte autora improvida.*"

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controversada de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - *Apelação da parte autora improvida.*"

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. *Apelação desprovida.*"

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva

Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010518-93.2006.4.03.9999/SP

2006.03.99.010518-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : LUIZ CARLOS PEREIRA DA SILVA

ADVOGADO : GILSON BENEDITO RAIMUNDO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARIA HELENA TAZINAFO
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 04.00.00032-7 1 Vr IPUA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS, visando o reajuste do benefício de setembro de 1991, no índice de 147,06%; de maio de 1992, referente ao INPC de outubro de 1991 a abril de 1992; de maio de 1993, referente ao INPC de maio a dezembro de 1992 e referente ao IRSM a partir de janeiro de 1993; de setembro de 1993, referente ao IRSM de maio a agosto de 1993; de janeiro de 1994, referente ao IRSM de setembro de 1993 a dezembro de 1993; conversão para URV, referente ao IRSM de janeiro e fevereiro de 1994; de maio de 1995, referente ao IPC-r até abril de 1995; de maio de 1996, referente ao INPC até abril de 1996; de junho de 1997, referente ao IGP-DI de maio de 1996 a maio de 1997; de junho de 1998, referente ao IGP-DI de junho de 1997 a maio de 1998; de junho de 1999, referente ao IGP-DI de junho de 1998 a maio de 1999; de junho de 2000, referente ao IGP-DI de junho de 1999 a maio de 2000; de junho de 2001, referente ao IPCA de junho de 2000 a maio de 2001; de junho de 2002, referente ao IPCA de junho de 2001 a maio de 2002; e de junho de 2003, referente ao IPCA de junho de 2002 a maio de 2003, além do pagamento das diferenças apuradas não prescritas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, honorários advocatícios e demais despesas comprovadas.

A r. sentença monocrática julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 500,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora argui, preliminarmente, a nulidade da sentença devido ao cerceamento da defesa. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DE C I D O.

Do erro material:

Inicialmente, verifico a ocorrência de erro material na fundamentação da r. sentença, ao constar a análise referente à aplicação do IRSM de fevereiro de 1994 no benefício da parte autora, uma vez que não houve tal pedido na exordial, sendo tal matéria passível de correção de ofício nos termos do inciso I do artigo 463 do Código de Processo Civil.

Do cerceamento de defesa:

Afasto a preliminar de cerceamento de defesa, arguida pela parte autora, pois a questão abordada nesta ação trata exclusivamente sobre matéria de direito, sendo perfeitamente aplicável o artigo 330, inciso I, do C.P.C, abaixo transcrito:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Destarte, tratando-se de revisão de benefício, em que a discussão é eminentemente de direito, demonstra-se dispensável a colheita de provas das diferenças pleiteadas ou mesmo a realização de exame pericial, que somente se torna necessário em fase de liquidação de sentença.

Não há que se falar, portanto, em qualquer cerceamento à defesa da parte autora, por parte do MM. Juiz *a quo*.

Do reajuste de 147,06% entre março e agosto de 1991:

O artigo 146, da Lei nº 8.213/91, determinou a incorporação do abono concedido no mês de agosto de 1991 (art. 9º, § 6º, alínea "b", da Lei nº 8.178/91), a partir de 1º de setembro de 1991, no importe de 54,60%.

Ocorre que, nesse mês a autarquia não repassou aos benefícios o percentual de 147,06%, referente à variação do salário mínimo, assim como a variação do INPC, no montante de 79,96%.

Todavia, tal equívoco foi reconhecido pelo Instituto, devido às reiteradas decisões do Judiciário, no sentido de ser aplicado o reajuste de 147,06%, em setembro de 1991, embasadas nas portarias nºs 302 e 485, de 01/10/1992, do Ministério da Previdência Social, que determinaram:

"Art. 1º da Portaria nº 302/92: Fixar com efeito retroativo, a partir de 1º de setembro de 1991, o percentual de 147,06% para reajuste de benefícios de valor igual ou superior a Cr\$ 17.000,00, em março de 1991, que corresponde ao índice de reajuste do salário mínimo no período de março a agosto de 1991, deduzido o percentual de 79,96%, objeto da Portaria nº 10, de 27 de abril de 1992."

"Art. 1º da Portaria nº 485/92: As diferenças resultantes do reajustamento de que trata a Pt/MPS nº 302/92 relativas ao período de setembro de 1991 a julho de 1992 e ao abono anual (Gratificação Natalina) de 1991 serão pagas a partir da competência de novembro de 1992, em doze parcelas sucessivas, devidamente corrigidas nos termos do § 6º do art. 41 da Lei nº 8.213/91".

Cabe destacar, que o índice de 147,06% representa o aumento do salário mínimo em 01/09/1991, quando foi majorado de Cr\$ 17.000,00 para Cr\$ 42.000,00, e não a soma dos índices de 79,96% e 54,60%, pois tais índices corresponderam ao mesmo período de março a agosto de 1991, o que acarretaria em *bis in idem*, com a aplicação simultânea dos respectivos índices na atualização dos salários de contribuição.

Nesse sentido, os julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. INCLUSÃO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ABONO. ARTIGO 146 DA LEI Nº 8.213/91. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL.

(...Omissis...)

(...Omissis...)

(...Omissis...)

(...Omissis...)

Inexiste amparo legal para a inclusão do abono de 54,60%, previsto no artigo 146 da Lei nº 8.213/91, na atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios previdenciários. Precedente.

Embargos rejeitados."

(STJ/ Sexta Turma, EDRESP 381228/RS, Relator Min Hamilton Carvalho, DJU 19/12/2002, pág. 473).

"AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. ABONO. URV. ÍNDICES.

1. *O reajuste de 147,06% concedido aos benefícios previdenciários em setembro de 1991 não incide sobre a incorporação do abono de 54,60% de que trata o artigo 146 da Lei nº 8.219/91.*

2. (...Omissis...)

3. *Agravo regimental desprovido."*

(STJ/ Quinta Turma, AGRESP 461402/RS, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 07/04/2003, pág. 323).

Destaque-se, outrossim, que embora o índice de 147,06% tenha sido concedido aos segurados da Previdência Social, a Portaria MPS nº 330, de 29 de julho de 1992, determinou em seu artigo 2º:

"a aplicação, com efeito retroativo a 1º de setembro de 1991, de percentual de reajuste a ser concedido aos valores dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social atingidos pela Portaria acima, observado para este efeito, o mês de seu início:

Mês de início do benefício.....(%)

Até março de 1991.....147,06

Abril de 1991.....112,49

Mai de 1991.....82,75

Junho de 1991.....57,18

Julho de 1991.....35,19

Agosto de 1991.....16,27"

Outro não é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrito:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. REAJUSTE INICIAL. PROPORCIONALIDADE. REVISÕES DA RENDA MENSAL. VARIAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *A teor da exegese atribuída pela Egrégia Terceira Seção ao art. 41, inciso II, da Lei nº 8.213/91, o reajuste inicial deve observar o critério da proporcionalidade, consoante a data de concessão do benefício.*

2. *Iniciada a fruição da aposentadoria em agosto de 1991, não há falar em direito à percepção integral do índice de 147,06%, concedido em setembro do mesmo ano.*

3. (...omissis...)

4. *Agravo regimental desprovido."*

(STJ/ Quinta Turma, AGA 414924/MG, Relator Min. Laurita Vaz, DJU 03/02/2003, pág. 344).

Por conseguinte, deve-se aplicar a tabela de proporcionalidade, acima explicitada, aos benefícios concedidos no período de abril a agosto de 1991, sendo indevida a incorporação do respectivo índice, que demonstra a variação do salário mínimo de março a agosto de 1991 nos benefícios concedidos após esta data.

Dos benefícios sob a égide da Lei nº 8.213/91 e legislações subsequentes:

A partir da edição da Lei nº 8.213 de 24/07/1991, os benefícios de prestação continuada, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, passaram a ser reajustados pelo INPC que, por força do §2º do artigo 9º da Lei nº 8.542/92, a partir de janeiro de 1993, foi substituído pelo IRSM, sendo este, por sua vez, alterado pela Lei nº 8.700/93. Esta lei veio a determinar que os benefícios fossem reajustados no mês de setembro de 1993 pela variação acumulada do IRSM do quadrimestre anterior, e nos meses de janeiro, maio e setembro de 1994, pela aplicação do Fator de Atualização Salarial - FAS, a partir de janeiro de 1994, deduzidas as antecipações concedidas, destacando-se que, a partir de março de 1994, o artigo 20 da Lei nº 8.880/94, instituiu a Unidade Real de Valor - URV, determinando que os benefícios mantidos pela Previdência Social deveriam ser convertidos em URV, em 01/03/1994.

Nessa ocasião, os segurados passaram a indagar as antecipações de 10% que lhe foram concedidas e, a existência, ou não, de perdas quando da conversão dos benefícios em número de URV's.

Ocorre que, quanto ao tema, o Pretório Excelso, em decisão plenária, assim como o C. Superior Tribunal de Justiça, cristalizaram entendimento, ao qual me curvo:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. LEIS 8542/92 E 8700/93. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO PARA URV. CONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA 'NOMINAL' CONTIDA NO INCISO I DO ARTIGO 20 DA LEI 8880/94. ALEGAÇÃO PROCEDENTE.

1. O legislador ordinário, considerando que em janeiro de 1994 os benefícios previdenciários teriam os seus valores reajustados, e que no mês subsequente se daria a antecipação correspondente à parcela que excedesse a 10% (dez por cento) da variação da inflação do mês anterior, houve por bem determinar que na época da conversão da moeda para Unidade Real de Valor fosse observada a média aritmética das rendas nominais referentes às competências de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, período que antecedeu a implantação do Plano Real, dado que a URV traduzia a inflação diária.

2. Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8542/92, 8700/93 e 8880/94. Inconstitucionalidade da palavra nominal contida no inciso I do artigo 20 da Lei 8880/94, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, artigo 5º XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994. - Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF, RE 313382/SC, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU: 08/11/2002, Tribunal Pleno).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. CONVERSÃO EM URV. INCORPORAÇÃO. IRSM INTEGRAL. NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 1993. JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO.

1. O critério estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 8.880/94 para conversão dos benefícios previdenciários em manutenção para URV não gerou ofensa a direito dos segurados.

2. As antecipações de 10% referentes a novembro e dezembro de 1993 foram incorporadas aos valores dos benefícios reajustados em janeiro/94, ao final do quadrimestre, nos exatos termos da Lei nº 8.700/93, e computados na média aritmética calculada conforme o artigo supracitado.

3. Quanto aos meses de janeiro e fevereiro não tendo se completado o quadrimestre, o que somente ocorreria no mês de maio, não há falar em direito adquirido, na medida em que, por ocasião da conversão dos benefícios em URV, o que havia era mera expectativa de direito.

4. Entendimento pacificado no STJ e STF.

5. Recurso especial conhecido e provido."

(STJ/ 5ª Turma, RESP 498457, Relatora Min. Laurita Vaz, DJU: 28/04/2003, pág. 264).

Posteriormente, o §3º do artigo 29 da Lei nº 8.880/94 determinou o critério de reajuste dos benefícios a partir de 01/07/1994, que veio à luz com o IPC-r, a ser computado em maio de 1995.

Nesse momento, merece destaque o reajuste de 8,04%, relativo ao aumento do salário mínimo de R\$ 64,79 (sessenta e quatro reais e setenta e nove centavos) para R\$ 70,00 (setenta reais), em consonância com o §6º do artigo 29 da Lei nº 8.880/94, em setembro de 1994, cuja aplicação foi restrita, tão somente, aos benefícios vinculados ao salário mínimo. Outro não é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. AFERIÇÃO. BENEFÍCIO. CONVERSÃO EM URV. DIA A CONSIDERAR. REAJUSTES DE SETEMBRO 94 E MAIO 96.

(...omissis...)

O art. 20, inc. I da Lei 8.880/94 não prevê a divisão dos valores nominais dos benefícios nos meses 11.93, 12.93, 01.94 e 02.94 pelos valores em Cruzeiros Reais do equivalente em URV do início de cada mês e, sim, do último dia desses meses.

O aumento do salário mínimo de setembro 94 (8,04%) não aproveita os benefícios de valores acima do salário mínimo. (...omissis...)

Recurso conhecido em parte e, nessa, desprovido."

(STJ/ RESP 328621, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU: 08/04/2002, pág. 266)

Na sequência, os benefícios passaram a ser corrigidos pela variação acumulada do IGP-DI, a partir de 1º de maio de 1996, de acordo com o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.415, de 29/04/96, reeditada pela Medida Provisória nº 1.463,

de 29/05/96, convalidada pelas Medidas Provisórias nºs 1.731-33, de 14/12/98, 1.869-40, de 29/06/99 e 1.945-46, de 09/12/99 e suas reedições.

Destarte, na ocasião, restou prejudicada a correção dos benefícios pela variação integral do INPC, no período compreendido entre maio/95 e abril/96, no percentual de 18,9%, reajuste este que não se verificou, por força da Medida Provisória nº 1.415/96, que determinou a correção pelo IGP-DI, novo critério de política salarial.

Com efeito, não há que se falar em direito adquirido, pois a Medida Provisória nº 1.053, de 30/06/1995 e suas reedições, prevendo a sistemática anterior, foi revogada pela Medida Provisória nº 1.415/96, que alterou a sistemática de correção, antes mesmo que o INPC se tornasse um direito adquirido.

Além disso, a MP nº 1.415, de 29/04/1996, revogou o artigo 29 da Lei nº 8.880/94 e determinou que os benefícios previdenciários fossem pagos pelo INSS, em maio de 1996, pela variação do IGP-DI/FGV, sendo que o respectivo mecanismo continua em vigor, de acordo com a MP nº 1.946, em sua 34ª edição, de 09/12/1999.

Cabe destacar, ainda, que a MP nº 1.415/96 culminou na Lei nº 9.711 de 20/11/1998 que, por sua vez, determinou o reajuste dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI/FGV, em maio de 1996, alterando a partir de junho de 1997 o critério de reajuste, com a aplicação do índice de 7,76%, no respectivo mês, e 4,81%, em junho de 1998.

Na sequência, os benefícios foram reajustados em junho de 1999 (4,61%), por força da Lei nº 9.971/2000, em junho de 2.000 (5,81%), nos termos da MP nº 2.187-13/01, em junho de 2.001 (7,76%), em razão do Decreto nº 3.826/2001, em junho de 2.002 (9,20%), em razão do Decreto nº 4.249/02, em junho de 2.003 (19,71%), em razão do Decreto nº 4.709/03, em junho de 2004 (4,53%), em razão do Decreto nº 5.061/04, em maio de 2005 (6,355%), em razão do Decreto nº 5.443/05, e em 2006, em razão do Decreto nº 5.756/06.

Destaque-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em sessão plenária o RE 376.846/SC, reafirmou a constitucionalidade dos artigos 12 e 13 da Lei nº 9.711, de 20/11/1998, dos §§ 2º e 3º do artigo 4º da Lei nº 9.971, de 18.05.2000 e artigo 1º da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24.08.2001, afastando a aplicação do IGP-DI nos reajustes dos meses de junho de 1997, 1999, 2000 e 2001, devendo prevalecer os índices acima citados, decorrentes dos preceitos legais supra mencionados, restando infrutíferas as ações dos segurados, visando a aplicação do IGP-DI nos reajustes anuais referentes aos anos de 1997 a 2003, com exceção de 1998 (em que o reajuste do INSS foi maior que a variação do IGP-DI).

Portanto, diante dos mecanismos acima explicitados, inexistem irregularidades a serem sanadas, haja vista o respaldo legal e jurídico dos procedimentos adotados pelo Instituto.

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior"

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Posto isso, **de ofício, retifico o erro material constante na r. sentença, para afastar a análise referente à aplicação do IRSM de fevereiro de 1994 no benefício da parte autora, e nego seguimento à apelação da parte autora**, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo, quanto ao mais, a doughta decisão recorrida.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003548-28.2006.4.03.6103/SP

2006.61.03.003548-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOSE NELSON VELOSO

ADVOGADO : WALDIR APARECIDO NOGUEIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HILTON PLACIDO DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOSE NELSON VELOSO em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 12.09.2005) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 23/32, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém,

quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003062-40.2006.4.03.6104/SP

2006.61.04.003062-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : AURELIO DOS SANTOS DIAS JUNIOR
ADVOGADO : KATIA HELENA FERNANDES SIMOES AMARO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOURENA MELO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
PARTE AUTORA : JOAO CARLOS DE MELLO ALSCHEFSKY e outros
: JOSE MARTINS DOS SANTOS
: LOURIVAL BOMFIM FILHO
CODINOME : LOURIVAL BONFIM FILHO
PARTE AUTORA : WILSON DE ALMEIDA SILVA

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição de Aurélio dos Santos Dias Junior (DIB 05.10.2005), João Carlos de Mello Alschefsky (DIB 29.11.2005), José Martins dos Santos (DIB 11.11.2005), Lourival Bonfim Filho (DIB 13.01.2006) e Wilson de Almeida Silva (DIB 24.02.2005) aplicando, para o cálculo do fator previdenciário, com base na Resolução IBGE nº 10, de 30.11.2000, que divulga a primeira tábua completa de mortalidade.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 54/60, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, deixando de condenar os autores nas verbas de sucumbência, por serem beneficiária da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, ante a impossibilidade de modificação dos critérios de aferição da expectativa de vida por via não legal. Alega ter direito adquirido à tábua de mortalidade com base na Resolução IBGE 10, de 30.11.2000. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.
2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)
3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)
4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)
5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.
6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, in verbis:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

- I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
- II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.
- IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
- V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.

Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-

7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007628-23.2006.4.03.6107/SP

2006.61.07.007628-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : LUIZA KRAUSER
ADVOGADO : MARIA HELENA OLIVEIRA MOURA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por LUIZA KRAUSER, em face da r. sentença proferida em ação objetivando benefício assistencial.

Às fls. 39/40, o Juízo *a quo* determinou a emenda da petição inicial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento, devendo: a) providenciar a autenticação dos documentos de fls. 13 e 14; b) atribuir à causa valor compatível com o benefício econômico pretendido, nos termos do art. 260 do CPC, tendo em vista que pretende, com a presente ação, o pagamento de prestações vencidas (desde 17/11/1005) e vincendas.

Às fls. 46/47, a autora informa que os documentos de fls. 13 e 14 foram autenticados e que o valor da causa em questão equivale a 12 salários mínimos.

A r. sentença, tendo em vista o descumprimento da decisão de fls. 39/40 no tocante à adequação do valor da causa, indeferiu a petição inicial, com fundamento no art. 284, parágrafo único, e art. 295, VI, ambos do CPC, e julgou extinto o processo sem apreciação do mérito, com fulcro no art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil. Custas pela demandante, observados os benefícios da Lei nº 1.060/50. Deixou de condená-la ao pagamento dos honorários advocatícios, posto que não houve citação.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, que a petição inicial atende aos requisitos contidos nos arts. 282 e 283 do CPC, tendo sido devidamente atribuído à causa o valor de 12 salários mínimos, bem como não houve qualquer impugnação da parte contrária nesse sentido, pelo que mostra-se descabido o indeferimento da petição inicial. Aduz ainda fazer jus ao benefício pleiteado nos autos, posto que preenche os requisitos legais à sua concessão. Requer o provimento do recurso, a fim de ser julgada procedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Sem contrarrazões, ante a ausência de citação, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

Em parecer às fls. 74/75, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, cabe ao magistrado, no exercício de seu poder discricionário de direção do processo, ordenar as providências que assegurem a eficácia da prestação jurisdicional, sendo dever da parte cumprir as ordens judiciais visando à solução das questões prejudiciais de mérito.

Por seu turno, o art. 284 do CPC prevê que, verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Em seu parágrafo único, reza que se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

No presente caso, observa-se da petição inicial que a parte autora interpôs ação visando a concessão de benefício assistencial a partir da data do requerimento administrativo (17.11.2005 - fls. 04), pagando-se as parcelas vencidas e vincendas, fixando originalmente o valor da causa para fins fiscais em R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais).

Intimada a retificar o valor da causa, a autora atribuiu a esta o valor equivalente a 12 (doze) salários mínimos (fls. 47). Por outro lado, o valor da causa nas demandas previdenciárias em que se postula o recebimento de prestações vencidas e vincendas, como ocorre na hipótese, deve ser verificado com base no disposto no art. 260 do Código de Processo Civil, adicionando-se o montante das parcelas vencidas ao resultado da soma de 12 (doze) vincendas.

Nesse sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO. LEI 10259/01. PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS - SOMATÓRIO. VALOR DE ALÇADA.

Do exame conjugado da Lei 10259/01 com o art. 260 do CPC, havendo parcelas vincendas, tal valor deve ser somado à vencidas para os fins da respectiva alçada.

Conflito conhecido declarando-se a competência da Justiça Federal." (CC 46732/MS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, J. 23.02.2005, DJ 14.03.2005).

"RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. REAJUSTE DE PENSÃO. CONTEÚDO ECONÔMICO AFERÍVEL. PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. SOMATÓRIO. ARTIGO 260 DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 - Nas causas em que se requer reajuste de pensão, é possível aferir o conteúdo econômico da pretensão, por meio da soma das prestações vencidas e vincendas.

2. "Art. 260. Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações."

3. O valor da causa será calculado com base na soma das prestações vencidas e das prestações vincendas, devendo estas ser apuradas pelo valor de uma prestação anual, já que o reajuste das pensões é uma obrigação por tempo indeterminado.

4. Precedentes.

5. Recurso especial provido."

(REsp 674245/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 27.10.2004, DJ 16.11.2004).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MOVIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS. VALOR DA CAUSA. PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 260 DO CPC.

1 - Consoante entendimento pacificado desta Corte, tratando-se de ação movida por servidores públicos, objetivando o pagamento de diferenças vencidas e vincendas, a fixação do valor da causa deve observar a regra contida no artigo 260 do CPC, não sendo possível a aferição do seu quantum através de mera estimativa. Precedente.

2 - Embargos de divergência rejeitados."

(REsp 174364/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 3ª Seção, j. 11.12.2002, DJ 10.02.2003).

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que intimadas as partes por despacho para a emenda da inicial ante a ausência de documentos essenciais à propositura da ação ou irregularidade na exordial, não o fazendo, pode o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, sendo desnecessária a intimação pessoal, só aplicável às hipóteses dos incisos II e III do art. 267 do CPC, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. ABERTURA DE PRAZO PARA SUPRIMENTO DA FALHA. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA ECONOMIA PROCESSUAL. NÃO REGULARIZAÇÃO. RATIO ESSENDI DO ARTIGO 284 DO CPC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ.

1. A extinção do processo, sem julgamento do mérito, ante a ausência de documentos essenciais à propositura da ação ou irregularidade na petição inicial, oportunizada a emenda à inicial, não revela violação ao art. 284 do CPC.

Precedentes do STJ: Resp 671986/RJ, DJ 10.10.2005; Resp 802055/DF, DJ 20.03.2006; Resp 101.013/CE, DJ de 18.08.2003; AGRESP 330.878/AL, DJ de 30.06.2003; Resp 390.815/SC, DJ de 29.04.2002; Resp 384.962/MG, DJ de 08.04.2002 e Resp 319.044/SP, DJ de 18.02.2002.

2. O Código de Processo Civil, em seus arts. 282 e 283, estabelece diversos requisitos a serem observados pelo autor ao apresentar em juízo sua petição inicial. Caso, mesmo assim, algum desses requisitos não seja preenchido, ou a petição apresente defeito ou irregularidade capaz de dificultar o julgamento do mérito, o CPC permite (art. 284) que o juiz conceda ao autor a possibilidade de emenda da petição - se o vício for sanável, porque, se insanável, enseja o indeferimento *prima facie*. Não cumprida essa determinação judicial, a petição inicial será indeferida, nos termos do art. 295, VI, do CPC c/c o parágrafo único do 284, o que significa extinção do processo sem julgamento do mérito com fulcro no art. 267, I, do CPC.

3. In casu, não obstante tenha sido intimado para regularizar o feito, o autor não cumpriu da diligência, motivo pelo qual a petição inicial restou indeferida.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 827242/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01.12.2008).

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE FINSOCIAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO ATENDIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE EMENDA À INICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 284, DO CPC. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FALTA DE REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. INTIMAÇÃO REALIZADA VIA DIÁRIO DE JUSTIÇA. PRESCINDIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. INAPLICAÇÃO DO ART. 284, § 1º DO CPC. HIPÓTESE FÁTICA DIVERSA.

1. O art. 284, do CPC, prevê que "Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial."

2. A falta da correção da capacidade processual (art. 37, § único do CPC), pressuposto de existência da relação jurídica, bem como de juntada de planilha de cálculos atualizada na fase executória pela parte devidamente intimada (fls. 104), importa na extinção do feito sem julgamento do mérito, independentemente de citação pessoal da autora, por não se tratar de hipótese de abandono da causa (art. 267, III do CPC), que a reclama.

3. In casu, consta dos autos que a parte autora restou devidamente intimada nos termos da decisão acostada às fls. 104 dos autos, *in verbis*: "Traga a parte autora, em dez dias, planilha de cálculos atualizada, para comprovar que o valor atribuído à causa corresponde ao efetivamente pleiteado. Regularize a parte autora a representação, considerando que a procuração de fls. 17 não indica quem está assinando pela empresa autora. Não havendo manifestação neste sentido, voltem-me os autos conclusos para sentença."

4. Sobressai da doutrina de Nelson Nery, ao comentar o art. 267, inciso IV do CPC, acerca da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, o que se segue: "IV: 32. Casuística: Capacidade postulatória. Direito de Petição: "O direito de petição, previsto na CF 5º, XXXIV, "a", não representa a garantia do próprio interessado postular em juízo, em nome próprio. Para isso, há de estar devidamente habilitado, na

forma da lei. Não é possível, com fundamento nesse direito, garantir à parte vir a juízo sem a presença de advogado. São distintos o direito de petição e o de postular em juízo. Processo extinto por ausência dos pressupostos de constituição válido (CPC 267 IV) - (STF 1ª Turma - Pet 825-1 - BA, rel. Ministro Ilmar Galvão, j. 17.12.1993, DJU 3.2.1994, p. 787). "(In, Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, pág. 438)"

5. Destarte, em não sendo hipótese de incidência dos incisos II e III, do supracitado dispositivo legal, resta dispensada a intimação pessoal da parte, porquanto suficiente a intimação do advogado para a apresentação da procuração judicial.

6. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 723432/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05.05.2008)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EMENDA À INICIAL. PRAZO NÃO CUMPRIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE. DESNECESSIDADE.

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a extinção do processo sem julgamento do mérito em razão de não ter sido promovida a emenda à inicial no prazo assinado pode ser decretada independentemente de prévia intimação da parte. (AgRg nos Edcl na AR 3.196/SP, Min. Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, DJ 29.06.2005; Resp 204.759/RJ, Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 03.11.2003; Resp 642.400/RJ, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 14.11.2005 e Resp 703.998/RJ, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.10.2005).

2. Recurso especial a que se nega provimento."

(REsp 802.055/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 20.03.2006).

"PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. INSTRUÇÃO COM OS DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. NÃO REGULARIZAÇÃO. INDEFERIMENTO. ARTS. 283 E 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES.

I - Nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil, "Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete no prazo de dez (10) dias". In casu, não obstante tenha sido intimado para regularizar o feito, o requerente não cumpriu da diligência, motivo pelo qual a petição inicial restou indeferida. Precedentes.

II - Agravo interno desprovido."

(AgRg na MC 5.975/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ 05.05.2003)

No mesmo sentido: STJ, EDcl no REsp 1021396/RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Conv. do TJ/AP), DJ 24.05.2010; Ag 1232876/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 30.04.2010; REsp 1152398/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 25.02.2010; REsp 1130846/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 12.11.2009; REsp 1088450/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19.12.2008.

No caso em tela, deve ser mantida a sentença de extinção do feito nos termos dos art. 267, I e IV, 284, parágrafo único, e 295, todos Código de Processo Civil, ante o descumprimento do despacho de fls. 39/40.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009573-42.2006.4.03.6108/SP
2006.61.08.009573-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : JURACI OLIVEIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : MARCIA REGINA ARAUJO PAIVA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : KARLA FELIPE DO AMARAL e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00095734220064036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença proferida em ação ordinária, onde se objetiva a concessão do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez.

O juízo a quo julgou improcedente o pedido, ante a não comprovação da incapacidade laborativa, deixando de condenar o autor à verba honorária, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita. Custas ex lege.

Apelou a parte autora pleiteando a concessão da aposentadoria por invalidez, a partir da data do requerimento administrativo, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores. Requer, ainda, a fixação da verba honorária em 15% sobre o valor da condenação.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

No presente caso, observa-se às fls. 82 que, embora devidamente intimado, conforme certidão de publicação às fls. 80, o autor não compareceu à perícia médica agendada para 22.09.2009.

Determinada a intimação pessoal do autor para a perícia médica agendada para 07.12.2009 (fls. 85), consta da certidão de fls. 91vº que este não reside no endereço indicado na inicial e, em diligências efetuadas junto ao Hospital e Centro de Saúde de Guarantã/SP, não foi possível sua localização.

Intimado a se manifestar, no prazo de cinco dias, sobre a certidão de fls. 91vº, conforme certidão de publicação às fls. 92, a parte autora ficou-se inerte, razão pela qual o MM. juiz *a quo* declarou preclusa a prova pericial e julgou improcedente o pedido de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Com efeito, observa-se dos autos que não há prova efetiva da incapacidade do autor para o trabalho, fato corroborado pela consulta a períodos de contribuição - CNIS (fls. 119/120), bem como pela consulta a valores - CNIS, ora realizada, onde consta que o autor exerceu atividade remunerada para a empresa "Agropav Agropecuária Ltda" no período de 05.05.2004 a 01.11.2008, tendo sido admitido na empresa "Barrerinhas Agropecuária Ltda." em 02.11.2008, com data de saída em aberto.

Assim, ausentes os requisitos autorizadores da aposentadoria por invalidez, ou mesmo do auxílio-doença, conforme o disposto nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, mantendo a r. sentença por seus fundamentos.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000118-11.2006.4.03.6122/SP
2006.61.22.000118-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : MAURO ALVES DE OLIVEIRA

ADVOGADO : ALEX APARECIDO RAMOS FERNANDEZ

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : OSMAR MASSARI FILHO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Sem condenação do autor ao ônus da sucumbência, nos termos do disposto na lei de assistência judiciária gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento, concedendo-se a implantação da tutela antecipada. Subsidiariamente, requer o pagamento de honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor da condenação.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascido em 01.04.1949, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, o qual está previsto no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo pericial, elaborado em 25.09.2007 (fl. 81/84), revela que o autor é portador de osteoartrose de coluna, úlcera péptica operada, bem como amputação do dedo da mão esquerda amputado na falange proximal, sofrida em 20.09.2004, não estando incapacitado para o trabalho. O perito asseverou que o autor foi operado da referida úlcera, estando sob controle sua moléstia ortopédica.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa do autor, a justificar a concessão do benefício em comento, o qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que o autor venha a pleitear quaisquer dos benefícios em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001330-67.2006.4.03.6122/SP
2006.61.22.001330-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : ODIRLEI MESTRELI incapaz
ADVOGADO : ALEX APARECIDO RAMOS FERNANDEZ e outro
REPRESENTANTE : INDALECIO MESTRELI
ADVOGADO : ALEX APARECIDO RAMOS FERNANDEZ e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : BRUNO BIANCO LEAL e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00013306720064036122 1 Vr TUPA/SP
DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Sem condenação em custas, honorários advocatícios e periciais, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício em comento.

Contra-arrazoado o feito pelo réu à fl. 153/155.

O d. Ministério Público Federal opinou, à fl. 146/147, pelo desprovemento do recurso de apelação do autor.

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascida em 27.09.1979, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 59 e 42 da Lei nº 8.213/91 que dispõem:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo médico, elaborado em 02.08.2007 (fl. 70/71), atesta que o autor é portador de esquizofrenia, a qual se manifestou desde a primeira infância, nunca havendo conseguido estudar ou trabalhar, estando incapacitado de forma total e permanente para o trabalho.

O atestado médico juntado à fl. 75 corrobora as conclusões periciais, revelando que o autor esteve internado em clínica psiquiátrica nos períodos de 09.09.97 a 24.10.97, 01.12.99 a 31.12.99, 31.10.01 a 15.12.01, 25.04.02 a 09.06.02, 12.11.02 a 01.01.03 e 02.10.06 a 01.12.06.

Os dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, à fl. 15, demonstram que o autor apresenta recolhimento previdenciário a partir da competência 05/2003, evidenciando-se, assim, que de fato sua moléstia é preexistente à filiação, não restando demonstrado, tampouco, que tenha exercido atividade laborativa obstada, eventualmente, por agravamento de sua moléstia, já que o autor sequer chegou a estudar ou trabalhar, consoante atestado no laudo.

Dessa forma, não preenchendo o demandante os requisitos necessários à concessão de quaisquer do benefício em comento, a improcedência do pedido é de rigor.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.
Int.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006691-76.2006.4.03.6183/SP
2006.61.83.006691-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : FRANCISCA NELSON DA SILVA

ADVOGADO : LILIAN YAKABE JOSÉ e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANA AMELIA ROCHA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00066917620064036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação ordinária, promovida por FRANCISCA NELSON DA SILVA contra INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, que julgou a lide improcedente.

A apelante pretende a reforma do julgado, aduzindo em suas razões, em síntese, que além do agravamento dos problemas físicos causados pelo acidente sofrido, está acometida por Artrose e Hipertensão Arterial Sistêmica, sempre tendo trabalhado como costureira. Sustenta que a documentação anexada comprova a qualidade de segurada.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, cumpre anotar que o auxílio-doença está previsto dos artigos 59 ao 64 da Lei no 8.213/91, *in verbis*:

"Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos".

Portanto, é benefício devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o desempenho de sua profissão.

Na hipótese de inequívoca impossibilidade de reabilitação do trabalhador, o mesmo deverá ser aposentado por invalidez, sob a égide dos artigos 42 ao 47.

O laudo judicial realizado no dia 9.2.09 diagnostica seqüela de Fratura de Ombro direito, na cabeça umeral, e rotura completa de Tendão do Supra-espinhal, além de Artrose da articulação gleno-umeral e escapulo-umeral, que lhe suprime a capacitação laborativa total e permanentemente (fls. 123/127).

Acrescente-se estar na faixa etária dos 70 (setenta) anos e verteu contribuições à Previdência como costureira.

Por outro lado, além da inaptidão laborativa também são pressupostos ao beneplácito pleiteado a filiação ao regime Previdenciário e o cumprimento de carência.

O experto fixou data de início da incapacidade há cinco anos, ou seja, no ano de 2004, em decorrência de acidente sofrido pela pericianda. Entretanto, àquela época não se revestia mais da qualidade de segurada, eis que contribuiu como empresária de dezembro/92 a novembro/93, janeiro/94 a dezembro/97 e em fevereiro/99. Após, efetuou recolhimentos a partir de outubro/2005 apenas.

Portanto, irretocável o *decisum* ao salientar:

"Com efeito, de acordo com os documentos de fls. 24/25 e o extrato do CNIS de fl. 144, depreende-se que a autora efetuou recolhimentos na qualidade de contribuinte individual nos períodos de dezembro/92 a novembro/93, de janeiro/94 a dezembro/97 e em fevereiro/1999, somente retornando a contribuir à Previdência Social em outubro/2005, de modo que na data do início da incapacidade, há muito já não ostentava a qualidade de segurada, razão pela qual não procede a sua pretensão".

Em suma, em virtude do não preenchimento de todos os requisitos legais, não há que se falar em auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Ante ao exposto, não estando presentes os pressupostos exigidos por Lei, **nego seguimento à apelação**, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Dê-se ciência e, após decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002912-71.2007.4.03.6121/SP
2007.61.21.002912-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : JARBAS DE OLIVEIRA
ADVOGADO : IVANI MENDES e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LEDA MARIA SCACHETTI CAMPOS BENSABATH e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JARBAS DE OLIVEIRA em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando a modificação do valor do fator previdenciário aplicável no do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 24.01.2006), bem como a utilização a tábua de mortalidade publicada em 2002, ou apenas as variações médias apontadas nos últimos anos, mas preservando a aplicação da tábua de 2002.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 36/42, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, deixando de condenar a parte autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da justiça gratuita. Custas *ex lege*.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário. Aduz o afastamento da tábua de mortalidade publicada em dezembro/2003 pelo IBGE, utilizada no cálculo do fator previdenciário de seu benefício. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém,

quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002098-56.2007.4.03.6122/SP

2007.61.22.002098-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO MILTON DE ALMEIDA

ADVOGADO : ARCHIMEDES PERES BOTAN e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HELTON DA SILVA TABANEZ e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00020985620074036122 1 Vr TUPA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação ordinária, promovida por ANTONIO MILTON DE ALMEIDA contra INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, que julgou a lide improcedente, fixando os honorários do advogado dativo no valor máximo da tabela em vigência.

O apelante pretende a reforma do julgado, aduzindo em suas razões, em síntese, ter consignado a perícia que "o periciando apresenta, como situação de saúde mais grave, um grande retardo mental, sem diagnóstico de síndrome específica. Avaliação psicológica básica já identifica que há retardo grave, e comportamento e respostas de criança de 05 a 07 anos de idade. Não tem instrução alguma, porque não conseguiu acompanhar a escola. Sua patologia de coluna, com desvios graves e artrose, vem complementar sua incapacidade para trabalhar". Sustenta que mesmo inapto mentalmente a autarquia aceitou sua filiação, devendo agora obrigatoriamente pagar ao segurado tal benefício, eis que agora se agravou seu estado de saúde, causando-lhe em decorrência problemas financeiros.

É o relatório. Decido.

O laudo judicial realizado no dia 4.3.09 atesta Artrose e Escoliose grave de Coluna Lombar, bem como Oligofrenia, males que lhe suprimem a capacitação laborativa total e permanentemente (fls. 66/69).

Em resposta aos itens 2d do Juízo e 7 do Instituto-Réu, respectivamente, aponta o perito que "Nunca apresentou alguma capacidade mental. Sua incapacidade física não tem comprovação de data de início"; "A patologia de coluna vertebral do periciando é grave suficiente para impedir que exerça esforços físicos. Sua capacidade mental não permite fazer trabalhos de raciocínio" (g.n.).

Por outro lado, além da inaptidão para o trabalho também são pressupostos ao beneplácito pleiteado a filiação ao regime de Previdência e o cumprimento de carência.

Verifica-se, em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, recolhimentos de 10.9.93 a 19.3.96 como empregado e, individualmente, entre fevereiro e setembro/2007. À época do parecer médico, quando se tornou inequívoca a ausência de aptidão física e mental do apelado (4.3.09) não mais se revestia da qualidade de segurado.

Em suma, ante ao não preenchimento de todos os requisitos legais, não há que se falar em auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Posto isto, ausentes os pressupostos exigidos por Lei, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação.**

Dê-se ciência e, após decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008281-54.2007.4.03.6183/SP

2007.61.83.008281-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIA APARECIDA DE FAVERI

ADVOGADO : PAULO AFONSO NOGUEIRA RAMALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MARIA APARECIDA DE FAVERI, em face da r. sentença proferida em ação objetivando o benefício de renda mensal vitalícia.

Às fls. 19, o Juízo *a quo*, para efeitos de verificação de prevenção, determinou à parte autora que apresentasse cópias da inicial, do primeiro despacho e eventual sentença proferida no processo indicado no termo de prevenção de fls. 18, informando a respeito do respectivo andamento, bem como comprovasse a existência de interesse processual mediante a apresentação do indeferimento do pedido administrativo, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da inicial.

A r. sentença, tendo em vista o descumprimento do despacho de fls. 19, indeferiu a petição inicial na forma do art. 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, do Código de Processo Civil, ficando a parte autora isenta de custas e honorários advocatícios.

Em razões recursais, sustenta a parte autora alega, preliminarmente, que "*a decisão de fls., que discute a relação de carência de contribuições está superada pela regra legislativa em vigor, vide art. 26, II da Lei 8.213/91. (...) Portanto, sendo passível de nulidade a r. decisão.*" No mérito, sustenta, em síntese: "*Como se refere o juízo "a quo" em sua sentença "pretende obtenção de benefício inexistente", ora nobre Relator, se fosse inexistente não estaria previsto em nosso ordenamento jurídico, vide art. 81 da Lei 8.213/91 e art. 6º, § 7º e 55º do Decreto 89.312/84, e acima de tudo devemos respeitar o princípio lógico e elementar da temporalidade da regra no tempo (tempus regit actum).*" Requer a declaração de nulidade da r. sentença, para propiciar a continuidade da fase probatória.

Sem contrarrazões diante da ausência de citação, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

Em seu parecer de fls. 42/45, o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Não é de ser conhecida a apelação, visto encontrarem-se as razões nela aduzidas totalmente dissociadas da sentença recorrida.

Em preliminar, alega a parte autora que "*a decisão de fls., que discute a relação de carência de contribuições está superada pela regra legislativa em vigor, vide art. 26, II da Lei 8.213/91. (...) Portanto, sendo passível de nulidade a r. decisão.*"

No entanto, consoante se recolhe dos autos, a presente ação versa sobre o benefício de renda mensal vitalícia e não há no bojo do processo qualquer decisão proferida naqueles termos.

Outrossim, quanto ao mérito, aduz a autora: "*Como se refere o juízo "a quo" em sua sentença "pretende obtenção de benefício inexistente", ora nobre Relator, se fosse inexistente não estaria previsto em nosso ordenamento jurídico, vide art. 81 da Lei 8.213/91 e art. 6º, § 7º e 55º do Decreto 89.312/84, e acima de tudo devemos respeitar o princípio lógico e elementar da temporalidade da regra no tempo (tempus regit actum).*" Ao passo que a r. sentença, tendo em vista o descumprimento do despacho de fls. 19, indeferiu a petição inicial na forma do art. 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, do Código de Processo Civil.

Registre-se, a propósito, entendimento iterativo do E. Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual "*não pode ser conhecido o recurso cujas razões estão dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida*" (in: RESP nº 834675/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julg. 14.11.2006, v.u., DJ 27.11.2006).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012723-27.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.012723-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : EMILIA SARACINI GHIRARDELO

ADVOGADO : EDSON PEREIRA DOS SANTOS

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : NILDA GLÓRIA BASSETO TREVISAN

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00018-1 3 Vr SUMARE/SP

DECISÃO

1. À Subsecretaria de Registro e Informações Processuais - SRIP para as devidas correções na autuação, devendo constar o nome da parte autora (apelante): EMILIA SARACINI GHIRARDELO, conforme Cédula de Identidade e carta de concessão do benefício (fls. 11/12).

2. Trata-se de apelação interposta por EMILIA SARACINI GHIRARDELO em ação de revisão de benefício previdenciário, onde se objetiva a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por idade (DIB 04.10.2000) com a utilização da tábua de mortalidade anterior, ou da tábua de 2003 ajustada, para o cálculo do fator previdenciário. Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 24/37, pugnando pela improcedência do pedido. A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando a parte autora em custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 380,00, observados os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, inconstitucionalidade da aplicação do fator previdenciário, bem como a correta aplicação da tábua de mortalidade. Requer o provimento do recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "*sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora*", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "*os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações*". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "*caput*", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as

objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1o e 7o, d a C.F., com a redação dada pela E.C. n° 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. n° 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei n° 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei n° 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei n° 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei n° 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei n° 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei n° 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei n° 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI N° 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei n° 9.876/99, consoante julgamento da ADIN n° 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional n° 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei n° 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei n° 8.213/91, com as alterações da Lei n° 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI N° 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
 - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
 - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.
 - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
 - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
 - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.
 - É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.
 - Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).
 - Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
 - Agravo legal desprovido."
- (AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

- I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.
 - II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.
 - III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.
 - IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.
 - V - Apelação da parte autora improvida."
- (AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)
- "PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.**
- Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."
- (AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência .

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023958-88.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.023958-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIA DA CONCEICAO PEREIRA DA SILVA

ADVOGADO : EDSON PEREIRA DOS SANTOS

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSEMAR ANTONIO GIORGETTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00342-0 3 Vr SUMARE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por MARIA DA CONCEIÇÃO PEREIRA DA SILVA em ação de revisão de benefício previdenciário, onde se objetiva a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por idade (DIB 11.04.2000) com a utilização da tábua de mortalidade anterior, ou da tábua de 2003 ajustada, para o cálculo do fator previdenciário. Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 24/37, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando a parte autora em custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 410,00, observados os benefícios da assistência judiciária gratuita. Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, inconstitucionalidade da aplicação do fator previdenciário, bem como a correta aplicação da tábua de mortalidade. Requer o provimento do recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."

(STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.
IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031672-02.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.031672-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : APARECIDO PASCHOAL FALCARI
ADVOGADO : MARCIA REGINA ARAUJO PAIVA
CODINOME : APARECIDO PASCOAL FALCARIS
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GERALDO FERNANDO TEIXEIRA COSTA DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 02.00.00215-4 2 Vr OLIMPIA/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Sem condenação em custas ou honorários advocatícios, nos termos do disposto na lei de assistência judiciária gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Contra-arrazoado o feito pelo réu à fl. 162/165.

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascido em 25.04.1963, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença, os quais estão previstos nos art. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos

O laudo pericial, elaborado em 20.07.2009 (fl. 116/117), revela que o autor apresenta consolidação de fratura da perna direita com placas de fixação, bem como consolidação de fratura de perna esquerda sem placas de fixação, não estando incapacitado para o trabalho.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa do autor, a justificar a concessão de quaisquer dos benefícios em comento, o qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nesse aspecto, anoto que o laudo apresentado nos autos confirmou a ausência de incapacidade atestada em perícia realizada anteriormente, tendo sido determinada a realização de nova perícia, por cautela, consoante decisão prolatada à fl. 99/100.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0049454-22.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.049454-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : WALDEMAR MARETTI JUNIOR

ADVOGADO : FERNANDO APARECIDO BALDAN

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : PAULO SERGIO BIANCHINI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00063-1 2 Vr NOVO HORIZONTE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por WALDEMAR MARETTI JUNIOR em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 08.05.2007) com a aplicação da tábua de mortalidade anterior a de 2003 publicada pelo IBGE.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 23/42, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido. Condenou a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00, observados os termos dos arts. 12 e 13 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário. Sustenta o afastamento da aplicação da nova tábua de mortalidade, calculada pelo IBGE. Aduz violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria,

propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

*I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.*

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência

originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária. - Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época da sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005462-59.2008.4.03.6103/SP

2008.61.03.005462-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOSE MARTIM DE OLIVEIRA

ADVOGADO : EDUARDO MOREIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUIZ ANTONIO MIRANDA AMORIM SILVA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOSE MARTIM DE OLIVEIRA em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 11.11.2007) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Deixou de condenar a parte autora em honorários advocatícios, uma vez que não se aperfeiçoou a relação processual.

Em razões recursais, a parte autora aduz, em síntese, que dado seu caráter eminentemente inconstitucional, deve ser afastada a incidência do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos do artigo 201, § 1º, da Constituição Federal. Requer o provimento do apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, a constitucionalidade do fator previdenciário inserido pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999, em cumprimento ao comando constitucional (art. 201, caput, CF/1988). Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."

(STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE

DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária. - Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.
Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.
Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.
Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006489-44.2008.4.03.6114/SP
2008.61.14.006489-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ERIKA MARIA KRAMER CAROTTA
ADVOGADO : LEACI DE OLIVEIRA SILVA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELIANA FIORINI
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ERIKA MARIA KRAMER CAROTTA em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 09.05.2006) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas. Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 198/213, pugnando pela improcedência do pedido. A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Aduz o afastamento da aplicação da nova tábua de mortalidade calculada pelo IBGE. Requer o provimento do apelo. Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte. É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil. Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto

atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. n° 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei n° 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei n° 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei n° 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei n° 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei n° 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei n° 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei n° 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI N° 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei n° 9.876/99, consoante julgamento da ADIN n° 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional n° 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei n° 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei n° 8.213/91, com as alterações da Lei n° 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI N° 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea

"a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.

Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007373-73.2008.4.03.6114/SP

2008.61.14.007373-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOAQUIM BORGES DOS SANTOS

ADVOGADO : RUSLAN STUCHI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MIGUEL HORVATH JUNIOR e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00073737320084036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez do autor. A verba honorária foi fixada em R\$ 300,00.

Apela o autor alegando, em síntese, que os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença devem ser computados como salário-de-contribuição para efeito de cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 29, § 5º da Lei 8.213/91.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não obstante o Egrégio Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral nesta matéria no RE 583834 RG/SC, verifico que não houve determinação expressa de sobrestamento dos feitos. Por outro lado, o Art. 543-B não obsta o julgamento das apelações, mas apenas a remessa dos recursos extraordinários.

Quanto ao mérito, não assiste razão à parte autora.

Verifico que foi concedido ao autor o benefício de auxílio-doença, NB 115.516.700-4, com DIB em 25.10.1999 e cessado em 22.04.2001 em razão de transformação em aposentadoria por invalidez, NB 120.579.947-5 com DIB no dia seguinte em 23.04.2001.

Observo que a aplicação do art. 29, § 5º da Lei 8.213/91 se dá nas hipóteses em que há períodos de contribuição permeados com o recebimento de auxílio-doença o que, evidentemente, não é o caso dos autos, tendo em vista que a cessação do benefício se deu exatamente pela transformação em aposentadoria por invalidez. Este o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral." Agravo regimental desprovido.

(STJ; AGP 7109; Terceira Seção; Relator Ministro Felix; DJE 24.06.2009);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido.

(STJ; AGRESP 1039572; 6ª Turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJE 30.03.2009);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.

1. O entendimento traçado na decisão monocrática com a qual se baseia o recorrente para sustentar sua tese não se coaduna com o caso em estudo, pois no precedente colacionado pelo agravante, não se tratou sobre a inexistência de salários-de-contribuição.

2. A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, § 5º, da aludida lei.

3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anterior a ela, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1017520/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 29/09/2008)

Na mesma linha os julgamentos desta Colenda Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 36, § 7º, DEC. 3.048/99. CONCESSÃO POR TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART.124, I, LEI 8213/91. I - O cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença deve se dar nos termos do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes do STJ. II - A aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 se dará nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição. III - No que tange aos honorários advocatícios, restou consignado que a execução corresponde ao valor das parcelas da aposentadoria concedida judicialmente, descontados os valores de auxílio-doença recebidos na esfera administrativa, por força do disposto no artigo 124, inciso I, da Lei 8.213/91, sendo, portanto, essa a base de cálculo daquela verba. IV - Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela autora, improvido.

(AC 2010.03.99.020683-2, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJF3 27.10.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00029 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008645-84.2008.4.03.6120/SP

2008.61.20.008645-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : LARISSA CRISTINA BISPO incapaz
ADVOGADO : DIRCEU RIBEIRO DOS SANTOS REIS JUNIOR e outro
REPRESENTANTE : ROSELI GONCALVES
ADVOGADO : DIRCEU RIBEIRO DOS SANTOS REIS JUNIOR e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS DA MATTA NUNES DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação previdenciária, onde a autora objetiva a concessão do benefício de auxílio-reclusão. Não houve condenação em custas e honorários advocatícios, observados os benefícios da justiça gratuita.

A autora, em suas razões de apelação, pugna pela reforma da sentença, aduzindo que todos os requisitos necessários à concessão do benefício foram preenchidos.

Contra-razões de apelação (fl. 39/41).

É o sucinto relatório. Passo a decidir.

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão, na qualidade de filha menor de 21 anos de Reginaldo Aparecido Bispo, preso em 14.07.2008, conforme Atestado de Permanência Carcerária de fl. 20.

A condição de dependente da autora em relação ao detento restou evidenciada através da certidão de nascimento de fl. 12, sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, já que ela é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91 por se tratar de dependentes arrolados no inciso I do mesmo dispositivo.

Confira-se:

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

.....

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Quanto à renda auferida pelo recluso, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 587365/SC (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009, DJe de 03.04.2009), firmou entendimento no sentido de que para a concessão do benefício de auxílio-reclusão, previsto nos artigos 201, IV, da Constituição da República e 80 da Lei nº 8.213/91, a renda a ser considerada deve ser a do preso e não a de seus dependentes, sendo que referida decisão tem repercussão geral.

Nessa linha, constata-se dos autos à fl. 26 que o último salário-de-contribuição do recluso, relativo à competência de junho/2008, correspondia a R\$ 1.712,79, superando o valor fixado no artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, equivalente a R\$ 360,00, atualizado para R\$ 710,08 pela Portaria nº 77, de 11.03.2008. Sendo assim, a autora não faz jus ao benefício pleiteado, ressaltando que o recolhimento à prisão do segurado se deu em 14.07.2008.

Por conseguinte, aplicável no caso em espécie, o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

§ 1º A- Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

(...)

Dessa forma, não prospera a pretensão da autora, dispensando-se, assim, a submissão do julgamento à Turma, cabendo, o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000981-90.2008.4.03.6123/SP

2008.61.23.000981-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : MARCILIA DE BRITO DA SILVA
ADVOGADO : MARCUS ANTONIO PALMA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GUSTAVO DUARTE NORI ALVES e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00009819020084036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais), exigíveis nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Sem condenação em custas processuais.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 29.07.1945, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo pericial, elaborado em 22.12.2008 (fl. 45/49), refere que a autora é portadora de dores no corpo, principalmente na coluna que trazem dificuldades para o trabalho rural, porém de seu exame físico em conjunto com os exames complementares não é possível considerá-la impossibilitada para exercer as suas atividades profissionais, além de que o seu quadro de hipertensão e dislipidemia estão controlados.

Ressalto, ainda, como bem considerado pelo d. Juízo "a quo", que ainda que decretada a preclusão da prova testemunhal, o início de prova material apresentado pela autora, consubstanciado em certidão de casamento onde seu marido está qualificado como lavrador (fl. 09), visando a comprovação do alegado exercício de trabalho rural, não subsiste ante a constatação de que seu marido apresenta diversos vínculos urbanos desde a década de 80 (dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, anexos).

Assim, não há como prosperar a pretensão da autora, sendo a improcedência do pedido de rigor.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003221-43.2008.4.03.6126/SP
2008.61.26.003221-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : CELIO ANTONIO MARTINS

ADVOGADO : EDIMAR HIDALGO RUIZ e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARIA CAMILA COSTA DE PAIVA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por CELIO ANTONIO MARTINS em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 05.06.2003) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 58/68, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido. Condenou a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observados os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º

E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. *Apelação da parte autora improvida.*"

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controversa de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária. - Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - *Apelação da parte autora improvida.*"

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. *Apelação desprovida.*"

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva

Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irresignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00032 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000936-03.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.000936-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : AUGUSTO DE ALMEIDA TELES
ADVOGADO : PATRICIA CONCEIÇÃO MORAIS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA PREVIDENCIARIA DE SAO PAULO SP>1ª SSJ>SP
No. ORIG. : 00009360320084036183 1V Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em face de sentença que julgou procedente pedido formulado em ação previdenciária, para condenar o INSS a revisar a renda mensal inicial do benefício do autor, considerando o coeficiente de cálculo equivalente a 86% do salário-de-benefício. As diferenças em atraso, observada a prescrição quinquenal, deverão ser corrigidas monetariamente desde os respectivos vencimentos, na forma do atual Manual de Orientação para os Cálculos na Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação até 11.01.2003 e, a partir de então, de 1% ao mês. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação atualizado. Não houve condenação em custas. Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se a imediata revisão do benefício.

Em suas razões recursais, insurge-se a Autarquia, preliminarmente, contra a antecipação dos efeitos da tutela deferida no bojo da sentença. Requer, outrossim, o reexame de toda a matéria que lhe foi desfavorável, nos termos da Lei nº 9.469/97. No mérito, alega que a aplicação do artigo 53, II, da LBPS, quando da revisão operada por conta do artigo 144 do mesmo diploma legal é evidentemente mais benéfica do que a revisão pretendida pelo autor, pois esta implicaria manter o cálculo do benefício em sua íntegra pela legislação anterior. Argumenta ser impossível preservar-se o coeficiente de cálculo previsto na sistemática legal anterior e depois querer sejam corrigidos os 36 últimos salários-de-contribuição, nos termos da Lei nº 8.213/91, pois o STF tem entendido ser indevida a adoção de sistema híbrido de cálculo que conjugue os aspectos mais favorável de diferentes legislações. Subsidiariamente, requer sejam os juros de mora reduzidos para 6% ao ano e que a verba honorária seja fixada em 10% do total devido até a data sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

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

Em consulta ao sistema DATAPREV, em anexo, foi verificada a revisão do benefício do demandante.

Após o breve relatório, passo a decidir.

Das preliminares

Da remessa oficial

A questão relativa ao reexame necessário fica afastada, pois, no caso, a r. sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição de forma expressa pelo MM. Juiz *a quo*.

Da tutela antecipada

Cumprasse assinalar, primeiramente, que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa em pagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A revisão provisória ou definitiva da renda mensal do benefício previdenciário não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

Do mérito

O autor é titular de aposentadoria por tempo de serviço desde 01.09.1990 (documento de fl. 15) e alega que, após a revisão administrativa do benefício por força do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, teve o coeficiente de cálculo do correspondente salário-de-benefício reduzido de 86% para 82%.

Não merece acolhida a pretensão do requerente, posto que, na época da concessão de sua jubilação por tempo de serviço, a respectiva renda mensal era disciplinada pelo artigo 33, I, *a* e § 1º da CLPS de 1984, *verbis*:

Art. 33. A aposentadoria por tempo de serviço é devida, após 60 (sessenta) contribuições mensais, aos 30 (trinta) anos de serviço, observado o disposto no capítulo VII:

I - quando o salário-de-benefício é igual ou inferior ao menor valor-teto, em valor igual a:

a) 80% (oitenta por cento) do salário-de-benefício, para o segurado;

(...)

§ 1º A aposentadoria do segurado do sexo masculino que a requer com mais de 30 (trinta) anos de serviço tem o valor da letra "a" do item I acrescido de 3% (três por cento) do salário-de-benefício para cada novo ano completo de atividade abrangida pela previdência social urbana, até 95% (noventa e cinco por cento) desse salário aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, observado o disposto no artigo 116.

(...)

Por essa razão, tendo em vista que o demandante obteve a concessão de seu benefício quando contava com 32 anos e 24 dias de tempo de serviço (fl. 39), teve o respectivo coeficiente de cálculo fixado em 86% do salário-de-benefício.

Entretanto, com o advento da Lei nº 8.213/91, através de seu artigo 144, foi determinado o recálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos entre 05.10.1988 (promulgação da Constituição da República) e 05 de abril de 1991 (data da regulamentação do artigo 202 da Magna Carta através da LBPS):

Art. 144 . Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta lei.

Sendo assim, a jubilação da parte autora sofreu a revisão legalmente prevista, tendo sido adequada ao disposto no artigo 53, II, da Lei nº 8.213/91, com o seguinte teor:

Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:

(...)

II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

Desse modo, o coeficiente de cálculo da aposentadoria do autor foi reduzido para 82% do salário-de-benefício.

Entretanto, a simples diminuição do coeficiente de cálculo do salário-de-benefício não acarretou prejuízos ao segurado, visto que a correção dos 36 últimos salários-de-contribuição é evidentemente mais vantajosa do que manter-se o cálculo da renda mensal na forma preconizada pela CLPS de 1984.

De observar que o STF já decidiu que o segurado não pode utilizar regimes jurídicos diversos no cálculo de seu benefício. Confira-se:

INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO.

I - Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição.

II - Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior.

III - A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários.

IV - Recurso extraordinário improvido.

(STF; RE 575089/RS; Tribunal Pleno; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; julg. 10.09.2008; pub. 24.10.2008)

No caso dos autos, verifica-se que objetiva a parte autora, cuja data de início do benefício se deu em 01.09.1990, a revisão da sua renda mensal inicial com aplicação do coeficiente de cálculo previsto na CLPS de 1984 (86%), bem como dos critérios de apuração do salário de benefício previstos na Lei nº 8.213/91, por força dos seus artigos 144 e 145.

Ocorre que o requerente, ao pretender o recálculo de sua renda mensal inicial, considerando os 36 últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, mas sem a redução do coeficiente de cálculo para 82% do salário-de-benefício, utiliza-se de dois regimes jurídicos diversos, tendo em vista que busca a correção dos salários-de-contribuição na forma da Lei nº 8.213/91, entretanto, quer a utilização do coeficiente de cálculo previsto na legislação anterior.

Entretanto, conforme já mencionado, o segurado não pode se utilizar de dois regimes jurídicos no cálculo de sua benesse, ou seja, considerar o coeficiente de cálculo equivalente a 86%, porém adotar todas as demais regras previstas na legislação posterior, a teor do entendimento emanado da Suprema Corte.

Por conseguinte, aplicável no caso em espécie, o disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 557. (...)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, dou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido.**

Não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Expeça-se e-mail, com urgência, ao INSS, para que seja cancelada a revisão do benefício efetuada em razão da tutela antecipada, não havendo que se falar em devolução dos valores recebidos, tendo em vista a sua natureza alimentar, bem como a boa-fé do segurado.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009822-88.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.009822-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ROSANGELA COMAR
ADVOGADO : MARIA LUCIA MATTOS DE ARAUJO SALGUEIRO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA GOLONI PRETO RODRIGUES DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00098228820084036183 7V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ROSANGELA COMAR em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 01.06.2005) com a utilização do fator previdenciário calculado pela tábua de mortalidade divulgada pelo IBGE no ano de 2001.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Deixou de condenar a autora em honorários advocatícios, dado que a ação sequer foi contestada.

Em razões recursais, aduz a parte autora que dado seu caráter eminentemente inconstitucional, deve ser afastada a incidência do fator previdenciário no cálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios de aposentadoria por tempo de serviço e idade, nos termos do artigo 201, § 1º, da Constituição Federal. Requer o provimento do apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, a constitucionalidade do fator previdenciário inserido pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999, em cumprimento ao comando constitucional (art. 201, caput, CF/1988). Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."

(STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, in verbis:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.
Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005570-06.2009.4.03.9999/MS
2009.03.99.005570-0/MS

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : JOSE AGNELO DOS SANTOS
ADVOGADO : JORGE TALMO DE ARAUJO MORAES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS ROGERIO DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 07.00.03770-8 2 Vr NOVA ANDRADINA/MS
DECISÃO
Vistos.

Fl. 166/171. Cuida-se de Embargos Infringentes opostos por José Agnelo dos Santos, em face de decisão monocrática terminativa proferida à 156/157 que reconsiderou a decisão de fl. 140/141 para dar provimento à remessa oficial tida por interposta, nos termos do art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, para o fim de determinar o retorno dos autos à Vara de origem para regular instrução com realização de nova prova pericial e julgamento, restando prejudicado o mérito de sua apelação.

O artigo 530 do Código de Processo Civil prevê o cabimento do recurso de embargos infringentes quando o *acórdão não unânime* houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.

No caso em tela, a decisão guerreada pelo presente recurso constitui-se em decisão monocrática proferida pelo Relator do processo, nos termos do artigo 557 do Código do Processo Civil.

Incabível, pois, o recurso ora interposto, eis que o parágrafo 1º, do artigo 557, do Código de Processo Civil, prevê que da referida decisão caberá *agravo*, no prazo de 5(cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso.

Cumpra salientar que, *in casu*, não comporta a aplicação do princípio da fungibilidade recursal na medida em que a conversão do recurso pressupõe pelo menos a escusabilidade do erro, segundo têm reiteradamente afirmado o C. Supremo Tribunal Federal e o C. Superior Tribunal de Justiça.

Posto isso, tendo o recorrente interposto embargos infringentes equivocadamente e sendo inaplicável, *in casu*, o princípio da fungibilidade recursal, por tratar-se de erro grosseiro, **não conheço do recurso**.

Decorrido **in albis** o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008128-48.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.008128-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : MARINA ALVES DA SILVA
ADVOGADO : EVELISE SIMONE DE MELO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : NILDA GLORIA BASSETTO TREVISAN
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00004-3 2 Vr JAGUARIUNA/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária, que objetivava a concessão de benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de Edgar Dias da Silva, ocorrido em 02.03.1996, sob o fundamento de que não restou demonstrada a condição de segurado do falecido. A autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), condicionada a cobrança em face da superação do estado de miserabilidade pela autora, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Objetiva a parte autora a reforma de tal sentença alegando, em síntese, que na certidão de casamento, celebrado em 1959, o falecido consta como *lavrador*, constituindo tal documento como início de prova material do labor rural; que os depoimentos testemunhais atestam que o *de cujus* sempre exerceu atividade rural. Requer, por fim, seja-lhe concedido o benefício de pensão por morte desde a data do óbito.

Contrarrazões às fls. 68/72, em que pugna o réu pela manutenção da r. sentença recorrida.

Pela decisão de fl. 77, foi a parte autora instada a carrear aos autos a certidão de óbito de seu cônjuge, o Sr. Edgar Dias da Silva, tendo sido juntado tal documento à fl. 86.

Na seqüência, ante juntada de extrato do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais - à fl. 88, dando conta da existência de vínculos urbanos em nome do falecido, foi a parte autora intimada a se pronunciar sobre o fato, tendo esta se manifestado às fls. 96/97.

Após breve relatório, passo a decidir.

De início, cumpre esclarecer que não obstante o falecido tivesse deixado filhos menores de 16 anos de idade à época do óbito (Elizangela e Edlaine com 12 e 11 anos de idade, respectivamente; fl. 86), estas já haviam atingido a maioridade no momento do ajuizamento da ação (08.01.2008), possuindo capacidade processual para pleitear o benefício em comento diretamente em Juízo, não havendo, assim, interesse de menor a ser protegido.

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de esposa de Edgar Dias da Silva, falecido em 02.03.1996, conforme certidão de óbito de fl. 86.

A condição de dependente da demandante em relação ao *de cujus* restou evidenciada por meio das certidões de casamento (fl. 15) e de óbito (fl. 86), sendo, pois, desnecessário trazer aos autos qualquer outra prova de dependência econômica, vez que esta é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei n. 8.213/91 por se tratar de dependente arrolado no inciso I do mesmo dispositivo, que a seguir transcrevo:

Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

.....

§ 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. Entretanto, a demandante não logrou êxito em demonstrar a condição de rurícola de seu marido falecido.

Com efeito, não obstante a existência de certidão de casamento, celebrado em 31.10.1959, na qual o falecido consta como *lavrador*, o extrato do CNIS à fl. 88 indica que este ostentou vínculos empregatícios de natureza urbana por período relevante (de 09.11.1982 a 28.02.1983; de 13.02.1984 a 24.03.1984 e de 01.08.1985 a 02.04.1986), não se tendo notícia de seu retorno à faina rural posteriormente ao último vínculo urbano. Aliás, na certidão de óbito, o *de cujus* consta como comerciante, não havendo nos autos outros documentos a indicar o exercício de atividade remunerada no período imediatamente anterior ao óbito, não tendo sido carreadas, ainda, guias de recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes ao período correspondente, infirmando, assim, a figura do contribuinte individual, a teor do art. 11, V, da Lei n. 8.213/91.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL DO FALECIDO. VÍNCULOS URBANOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

(...)

III - Os dados do CNIS demonstram que o falecido teve vários vínculos empregatícios urbanos entre 1973 a 1989. Também a autora, cujos documentos constam que era doméstica, teve vínculo urbano. Portanto não existia o trabalho rural da família em regime de economia familiar, que gerava a qualidade de segurado especial.

(...)

(TRF - 1ª Região; AC 2008.01.99.051168-3; 1ª Turma; Rel. Juiz Federal Reginaldo Márcio Pereira (Conv.); j. 26.05.2010; e-DJF1 09.06.2010; pág. 52)

Outrossim, não se cogita no preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria comum urbana por idade, porquanto o Sr. Edgar Dias da Silva faleceu com 58 anos de idade, não preenchendo o requisito etário.

Em síntese, infirmada a condição de rurícola do falecido, e em face do transcurso de lapso temporal superior a 09 anos entre o termo final do último vínculo empregatício (02.04.1986) e a data do óbito (02.03.1996), de modo a sobrepujar os períodos de "graça" previstos no art. 15 e incisos da Lei n. 8.213/91, impõe-se reconhecer a perda da qualidade de segurado do *de cujus* no momento do óbito, a respaldar a decretação da improcedência do pedido.

Destaco, por fim, que se aplica no caso em espécie, o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput do CPC, **nego seguimento à apelação da autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016510-30.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.016510-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MOISES RICARDO CAMARGO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : PRIMO FOSSALUSSA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : SILVIA ANTONINHA VOLPE

No. ORIG. : 08.00.00061-6 2 Vr OLIMPIA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS, visando a correção dos salários-de-contribuição do benefício da parte autora, com a inclusão do índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994, pagamento das diferenças apuradas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, honorários advocatícios e demais despesas comprovadas.

A r. sentença monocrática julgou procedente o pedido, condenando o INSS ao recálculo da RMI do benefício do autor, com a aplicação, na correção monetária dos salários-de-contribuição, da variação do IRSM referente à fevereiro de 1994, condenando a autarquia federal, ainda, ao pagamento das diferenças apuradas, observando-se a prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária, de acordo com as Súmulas n.º 08 do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3.ª Região e n.º 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, mais juros de mora fixados em 1% ao mês, a contar da citação, e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula n.º 111 do STJ.

Inconformada, apela a autarquia, alegando a ocorrência de coisa julgada, posto que a parte autora já movera ação na qual pleiteava a revisão de seu benefício

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DE C I D O.

Da remessa oficial:

Preliminarmente, observo que a r. sentença recorrida encontra-se sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.469, de 10.07.97, razão pela qual tenho por interposta a remessa oficial.

Da coisa julgada:

Compulsando os autos, verifica-se na fl. 27 a existência de ação anteriormente ajuizada pela parte autora (Processo nº 2004.61.84.01787858-6, perante o Juizado Especial Previdenciário da 3.ª Região), em que a apelante também pleiteou a revisão de seu benefício previdenciário, sendo idêntico o pedido ao da presente ação (a correção dos salários-de-contribuição do benefício da parte autora, com a inclusão do índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994), destacando-se que a r. sentença proferida naqueles autos transitou em julgado.

Com efeito, é vedado à parte autora requerer ao Poder Judiciário que se manifeste novamente sobre questão já examinada.

Destarte, a jurisdição é una e indivisível, não comportando apreciações superpostas a respeito de questões já decididas.

Ocorre, na espécie, a coisa julgada, assim concebida respectivamente pelos artigos 301, § 3º, 2ª parte e 467, ambos do Código de Processo Civil:

"Art. 301:"

§ 3º: ...; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.
....."

"Art. 467: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."

Assim, verificando-se no caso em questão a identidade de partes, causa de pedir e pedido, visando o mesmo efeito jurídico da demanda anterior, definitivamente julgada pelo mérito, configurada está a ofensa à coisa julgada material, impondo-se a extinção do presente feito, sem julgamento do mérito (inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil).

Destarte, aplicável, no presente caso o disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557.

§1º-A - Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso."

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Isto posto, **reconheço a existência de coisa julgada**, nos termos do inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil **e dou provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS**, nos termos do §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00037 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026020-67.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.026020-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : GILMAR CAROBELLI

ADVOGADO : TANIESCA CESTARI FAGUNDES

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SANCHES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00168-5 3 Vr BIRIGUI/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por GILMAR CAROBELLI em ação de revisão de benefício previdenciário, onde se objetiva a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 18.08.2005) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 42/48, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando o autor em custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa atualizado, observado o fato de ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, inconstitucionalidade da aplicação do fator previdenciário, instituído pela Lei 9.876/99, por violar os princípios da irredutibilidade, reciprocidade das contribuições e isonomia.

Aduz ter o fator previdenciário instituído um requisito discriminador, uma vez que a expectativa de vida conferida pela Lei 9.876/99 de forma igual para ambos os sexos e de aplicação uniforme em todo o território nacional desconsiderou a desigualdade de condições de vida que há nas diferentes regiões do país. Requer o provimento do recurso.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, a autor sustenta a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém,

quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irresignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00038 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035176-79.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.035176-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : SEBASTIAO MODENA

ADVOGADO : ANTONIO BUENO NETO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : VIVIAN H HERRERIAS BRENO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00047-0 1 Vr MOGI MIRIM/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por SEBASTIAO MODENA em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 25.06.2004) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia deixou de apresentar contestação.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, não havendo que se falar em condenação em custas já que a requerida não as recolhe.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Aduz violação aos princípios da igualdade, ato jurídico perfeito e irretroatividade da lei. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem

retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
 - Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
 - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
 - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.
 - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
 - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
 - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.
 - É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.
 - Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).
 - Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
 - Agravo legal desprovido."
- (AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

- I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.
 - II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.
 - III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.
 - IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.
 - V - Apelação da parte autora improvida."
- (AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)
- "PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.**
- Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."
- (AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00039 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0040133-26.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.040133-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : NEIDE EUSEBIO MUNIZ

ADVOGADO : MARCELO GAINO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCELO GARCIA VIEIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00057-5 1 Vr SAO JOSE DO RIO PARDO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por Neide Eusébio Muniz, em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de cônjuge do *de cuius*, com óbito ocorrido em 22.02.1997.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) do valor dado à causa, observada a gratuidade.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, preliminarmente, a nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, uma vez que pleiteou a prova oral para comprovar que o falecido deixou de trabalhar em virtude da sua incapacidade para o trabalho e o juízo *a quo* julgou antecipadamente o feito sem determinar a realização da referida prova. No mérito, aduz, em síntese, que restou comprovado que o falecido manteve a sua qualidade de segurado no momento do seu óbito. Requer a declaração de nulidade da r. sentença ou o provimento do presente recurso com a reforma integral da r. sentença.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, não prospera a alegação de cerceamento de defesa a ensejar a decretação da nulidade da sentença, uma vez que ao magistrado cabe a condução da instrução probatória, tendo o poder de dispensar a produção de provas que entender desnecessárias para o deslinde da causa. No presente caso, o magistrado *a quo* entendeu que os documentos acostados aos autos não tinham aptidão para comprovar a alegada incapacidade do falecido para o labor, o que torna bastante plausível a dispensa de prova oral e juntada de novos documentos. (AC nº 2007.03.99.051054-6, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 06.10.2009, DJU 15.10.2009)

No mérito, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte, quais sejam: a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica do beneficiário postulante. Dispensada está, portanto, a demonstração do período de carência, consoante regra expressa no artigo 26, I, da Lei nº 8.213/91.

Em relação à dependência econômica, observa-se que tal questão não foi discutida no juízo *a quo*.

No tocante à qualidade de segurado, aplica-se o artigo 15, II, da Lei nº 8.213/91, segundo o qual perde a qualidade de segurado aquele que deixar de contribuir por mais de 12 (doze) meses à Previdência Social. Tal prazo poderá, ainda, ser prorrogado por até 24 (vinte e quatro) meses, se o segurado tiver pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado, ou acrescido de 12 (doze) meses, se o segurado desempregado comprovar tal situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Ressalte-se, contudo, que não perderá a condição de segurado aquele que preencheu anteriormente as condições necessárias à obtenção de qualquer uma das aposentadorias previstas no Regime Geral da Previdência Social - RGPS, bem como aquele que se encontrava incapacitado para o trabalho.

No presente caso, não restou comprovado que o *de cuius* ostentasse a qualidade de segurado da Previdência Pública quando do seu falecimento, ocorrido em 22.02.1997, já que o seu último vínculo empregatício noticiado encerrou-se em 05.04.1993 com o empregador "Bento e Silva Rio Pardo Ltda." (resumo de documentos para cálculo de tempo de contribuição - fls. 22), tendo passado quase quatro anos sem recolhimento das contribuições previdenciárias, não se enquadrando nos prazos previstos no artigo 15 da Lei nº 8.213/91, mesmo considerando a extensão do período de graça em virtude do seu desemprego. Apesar da autora alegar que o falecido não mais contribuiu para a autarquia previdenciária por estar incapacitado para o trabalho, verifica-se que essa incapacidade não restou demonstrada nos autos, uma vez que os documentos médicos de fls. 23/32 e 35/36 referem-se a consultas realizadas a partir de 1996, momento em que o falecido não detinha mais a qualidade de segurado. Ademais, os documentos de fls. 33/34, datados de 1991, além de não comprovarem a incapacidade do falecido, referem-se a períodos em que o falecido trabalhava, o que afasta a sua incapacidade naquele momento. O preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a obtenção de qualquer aposentadoria também não restou demonstrado. Ausente, portanto, a comprovação de que o falecido mantinha a qualidade de segurado quando de seu óbito, requisito para a concessão do benefício de pensão por morte, nos termos do artigo 74, *caput*, e 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

A respeito do assunto, destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO DE CUJUS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A condição de segurado do de cuius é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte ao(s) seu(s) dependente(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - In casu, não detendo o de cuius, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes.

Recurso especial provido.

(Resp 1110565/SE, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção; j. 27.05.2009; v.u., DJ 03/08/2009)

Também já decidiu esta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. FALTA DE QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Para efeito de concessão do benefício de pensão por morte, devem ser observados os seguintes requisitos: a) a qualidade de segurado do de cujus e b) dependência econômica dos beneficiários.

III - Tendo o falecimento ocorrido mais de quatro anos após a última contribuição, é forçoso concluir que ocorreu a perda da qualidade de segurado, sendo inaplicável o disposto no § 2º do artigo 102 da Lei 8.213/91, posto que não cumpridos os requisitos necessários para a concessão do benefício de aposentadoria.

IV - Não há condenação aos ônus da sucumbência (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Remessa oficial não conhecida. Apelação do INSS provida.

(AC 2006.03.99.036424-0; Rel. Juiz Conv. David Diniz; 10ª T.; j. 12.02.2008, v.u.; DJU 17.02.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR URBANO. QUALIDADE DE SEGURADO. INDEMONSTRADA. BENEFÍCIO INDEFERIDO.

- Óbito ocorrido na vigência da Lei nº 8.213/91.

- O cônjuge e o filho menor de 21 anos ou inválido são considerados dependentes do segurado, sendo sua dependência econômica presumida.

- Ocorrida a perda da qualidade de segurado e não tendo sido preenchidos os requisitos à alguma espécie de aposentadoria, não se aplica o disposto no art. 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- No que pertine à condenação nos consectários, a apelação dos autores não abordou tal questão, restando obstada a reforma da sentença, nesse particular, sob pena de malferimento ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum (arts. 512 e 515 do CPC).

- Recurso improvido.

(AC 2000.61.15.000104-7; Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel; 10ª T.; j. 12.02.2008, v.u.; DJU 20.02.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS. PRECEDENTE DO E. STJ. IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA.

1. Para fins de obtenção do benefício previdenciário de pensão por morte ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, consoante prevêm os artigos 26 e 74 da Lei 8.213/91, é necessário o preenchimento dos requisitos: ser dependente; comprovação da qualidade de segurado do "de cujus" ou, em caso de perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para a concessão de aposentadoria, nos termos dos artigos 15 e 102 da Lei 8.213/91, com a redação dada pelas Leis 9.528/97 e 10.666/03.

2. Precedente do STJ.

3. Incabível a condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, considerando que ela é beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita, consoante orientação do C. STF.

4. Sentença mantida.

5. Apelação das partes autoras improvida.

(AC 2002.61.83.000184-9; Rel. Des. Fed. Jediael Galvão; 10ª T.; j. 15.01.2008, v.u.; DJU 13.02.2008)

PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO REJEITADA. FILHA MENOR - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

- No tocante à preliminar de não conhecimento da apelação da parte autora, por não atender aos requisitos legais, veiculada nas contra-razões da autarquia federal, rejeito-a. De fato, a parte autora apresentou o argumento, ainda que de forma sucinta, quanto ao seu entendimento de desnecessidade da manutenção da qualidade de segurado para a concessão da pensão por morte. Assim, verifico que a apelação interposta atende aos requisitos da legislação processual civil, não se havendo falar em não conhecimento do recurso.

- A dependência econômica de filho menor é presumida (artigo 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91).

- Entre a data do último vínculo empregatício e a data do falecimento decorreu mais de três anos.

- O "período de graça" pode ser estendido por até três anos, se comprovado o recolhimento de mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção, além do desemprego involuntário pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, o que não ocorre no caso presente, havendo a perda da qualidade de segurado (art. 15, §§ 1º e 2º, Lei nº 8.213/91).

- O art. 102 da Lei 8.213/91 não se aplica à espécie, pois estabelece que a perda da qualidade superveniente à implementação de todos os requisitos à concessão do benefício não obsta sua concessão. In casu, a perda da qualidade de segurado ocorreu antes de se aperfeiçoarem os requisitos ao direito à pensão por morte.

- Preliminar rejeitada e apelação da parte autora improvida.

(AC 2000.03.99.056241-2; Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky; 8ª T.; j. 23.06.2008, v.u.; DJF3 12.08.2008)

"PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL -COMPANHEIRA E FILHOS MENORES - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO - AUSENTE UM DOS REQUISITOS - PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS - SENTENÇA REFORMADA.

1. (...)

2. A legislação aplicada na concessão do benefício pensão por morte é aquela vigente na época do evento morte. Assim, a fruição da pensão por morte, em análise, tem como pressupostos a implementação de todos os requisitos previstos na legislação previdenciária para a concessão do benefício, quais sejam, a existência de um vínculo jurídico entre o segurado mantenedor do dependente e a instituição previdenciária, a dependência econômica entre a pessoa beneficiária e o segurado e a morte do segurado.

3. Os autores demonstram, conforme a presunção legal do § 4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que eram dependentes do falecido, decorrente da convivência marital, bem como do vínculo paternal - certidões de nascimento dos cinco filhos e de óbito.

4. Perdida a condição de segurado previdenciário pelo de cujus no tempo do óbito, uma vez que o seu último contrato de trabalho, registrado em Carteira Profissional, encerrou-se em dezembro de 1994 e o passamento ocorreu em 08 de janeiro de 2000, os autores não preenchem, simultaneamente, todos os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte, impondo-se a improcedência do pedido.

5. Sucumbente isento do pagamento das custas e despesas processuais por ser beneficiário da justiça gratuita.

6. No que concerne aos honorários advocatícios, os mesmos devem ser fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando suspensa sua execução, a teor do que preceitua o art. 12 da Lei n.º 1.060/50.

7. Apelação do INSS provida." (grifo nosso)

(AC 2002.03.99.043457-1; Rel. Des. Fed. Leide Pólo; 7ª T.; v.u.; j. 15.12.2003; DJU 18.02.2004)

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA NÃO PREENCHIDOS. ARTIGO 102, §§ 1º e 2º DA LEI 8.213/91.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa quando o juiz entende estar suficientemente instruído o processo, de forma a permitir a apreciação do mérito.

2. A legislação aplicável à pensão por morte é a vigente na data do óbito.

3. A perda da qualidade de segurado aliada ao não preenchimento dos requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, impedem a concessão da pensão por morte aos dependentes.

4. Apelação improvida." (grifo nosso)

(AC 2000.61.13.000314-2; Rel. Des. Fed. Marisa Santos; 9ª T.; j. 22.09.2003, v.u.; DJU 23.10.2003)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO PREVIDENCIÁRIO DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO AO BENEFÍCIO.

1- Havendo pretensão à PENSÃO POR MORTE, deve ser comprovada a qualidade de segurado do de cujus ao tempo de sua morte.

2- Caso contrário, se faz necessário provas ou indícios materiais da condição pessoal do de cujus, seja no tocante a sua eventual incapacidade para o trabalho ou ao exercício de outras atividades vinculadas à Previdência Social, embora sem registros formais, que permitiriam a preservação da sua condição de segurado.

3- Na ausência de tais provas ou indícios, frustra-se a demonstração da qualidade de segurado e dos direitos que caberiam a seus virtuais beneficiários. 4- Apelação e remessa oficial a que se dá provimento".

(AC 2000.03.99.043166-4, Rel. Juiz Fed. Convocado Rubens Calixto, 1ª T., j. 10.09.2002, v.u., DJ 10/12/2002)

Ausente, portanto, um dos requisitos necessários à concessão do benefício, é de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora. Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00040 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000864-37.2009.4.03.6003/MS

2009.60.03.000864-7/MS

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : LUIZ DOS REIS MENDES

ADVOGADO : FRANCISCO CARLOS LOPES DE OLIVEIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : OLGA MORAES GODOY e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00008643720094036003 1 Vr TRES LAGOAS/MS

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS, visando a correção dos salários-de-contribuição do benefício da parte autora, com a inclusão do índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994, pagamento das diferenças apuradas não prescritas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, honorários advocatícios e demais despesas comprovadas.

A r. sentença monocrática julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, deixando de condenar a parte autora nas verbas de sucumbência em razão da mesma litigar sob os auspícios da Justiça gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DE C I D O.

Do IRSM integral do mês de fevereiro de 1994, na ordem de 39,67%:

No tocante à aplicação do IRSM integral no mês de fevereiro de 1994, quando o mesmo foi substituído pela variação da URV, por força do § 1º do artigo 21 da Lei nº 8.880 de 27/05/1994, procedem os pedidos dos segurados tratando-se de correção dos salários-de-contribuição.

Deste modo, consoante decisão monocrática proferida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (RESP 524682, Sexta Turma; Rel. Ministro Paulo Gallotti, DJU 27/06/2003): "...*Para o cabal cumprimento do artigo 202 da CF há que ser recalculada a renda mensal inicial dos benefícios em tela, corrigindo-se em 39,67% o salário sobre o qual incidiu a contribuição do Autor, em fevereiro/94.*", entendimento ao qual me curvo.

Destaque-se, outrossim, que tal índice não é devido aos segurados que já percebiam o salário-de-benefício em fevereiro de 1994, acompanhando o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do julgado abaixo transcrito:

"PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO EM URV. DISTINÇÃO ENTRE CONVERSÃO DE BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO E CONVERSÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS EM ATRASO. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Ao valor do benefício em manutenção descabe a inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994 e do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), antes da sua conversão em URV, conforme preconiza o artigo 20, I e II da Lei 8.880/94.

2. (...omissis...)

3. (...omissis...)

4. Agravo desprovido."

(STJ/Quinta Turma; AGA 479249/SP; DJU 24/03/2003; pág. 278).

É certo, que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores não têm caráter vinculante, mas é notório, por outro lado, que o decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça sanou a controvérsia a respeito da inclusão do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, aos salários-de-contribuição dos segurados, demonstrando-se certo o desfecho de qualquer recurso quanto à questão, de modo a inviabilizar qualquer alegação em sentido contrário, sem margem para novas teses.

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior"

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Portanto, haja vista que o benefício da parte autora foi concedido em **31/01/2002 e, portanto, o salário-de-contribuição de fevereiro de 1994 não integrou o Período Básico de Cálculo**, o mesmo não faz jus ao recálculo da renda mensal inicial com a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% no salário-de-contribuição.

Posto isso, **nego seguimento à apelação da parte autora**, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL
Desembargador Federal Relator

00041 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000521-32.2009.4.03.6103/SP
2009.61.03.000521-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : BENEDITO DONIZETI DOS SANTOS
ADVOGADO : EDUARDO MOREIRA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por BENEDITO DONIZETI DOS SANTOS em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 08.02.2007), ante a inconstitucionalidade da instituição do fator previdenciário.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Deixou de condenar a parte autora em honorários advocatícios, uma vez que não se aperfeiçoou a relação processual.

Em razões recursais, a parte autora aduz, em síntese, que dado seu caráter eminentemente inconstitucional, deve ser afastada a incidência do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, nos termos do artigo 201, § 1º, da Constituição Federal. Sustenta o afastamento da aplicação da nova tábua de mortalidade, calculada pelo IBGE. Requer o provimento do apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, deixou de apresentar contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)
4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)
5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.
6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

- I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
- II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.
- IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
- V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
- VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.
- VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.
IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.
V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.
(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.
2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.
3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00042 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003762-87.2009.4.03.6111/SP

2009.61.11.003762-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : JESSICA FERNANDA CAIRES incapaz
ADVOGADO : ADRIANA REGUINI ARIELO e outro
REPRESENTANTE : LUCIENE TEODOSIO CAIRES
ADVOGADO : CLARICE DOMINGOS DA SILVA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOSE ADRIANO RAMOS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00037628720094036111 2 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por JÉSSICA FERNANDA CAIRES em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de benefício assistencial.

O juízo *a quo* julgou improcedente a ação e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, atualizados monetariamente, observando-se quanto à execução a justiça gratuita concedida, nos termos da Lei nº 1.060/50. Isento de custas. Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, haver comprovado o preenchimento dos requisitos da deficiência e da condição de miserabilidade, previstos nos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Requer o provimento da apelação, condenando-se a autarquia à concessão do benefício assistencial.

Transcorrido "in albis" o prazo para contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

O ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 130, opina pelo desprovimento do recurso da autora.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

A Lei nº 8.742/93, que veio integralizar a norma do art. 203 da Constituição Federal, contém em seu art. 20, a previsão da idade mínima (caput), o conceito de família (§ 1º), o conceito de pessoa portadora de deficiência (§ 2º) e o critério de verificação objetiva da condição de miserabilidade (§ 3º).

Com relação ao benefício devido ao idoso, presume-se a necessidade social a partir de determinada idade. A idade mínima exigida pela Lei nº 8.742/93 era de 70 anos. Esta idade foi reduzida para 67 anos, a contar de 01.01.1998, pela Lei nº 9.720/98. Com a superveniência do Estatuto do Idoso - a Lei nº 10.741 de 01.10.2003 - a idade foi novamente reduzida para 65 anos (art. 34).

No tocante ao benefício devido à pessoa portadora de deficiência, a Lei nº 8.742/93 requer a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Esta exigência, de que o portador de deficiência seja também incapaz para a vida independente, não se encontra prevista no art. 203 da Constituição Federal. E cuidando o benefício previsto pela LOAS da proteção social de atendimento a pessoas incapazes de sobreviver sem a ação do Estado, a incapacidade para a vida independente há de ser entendida em consonância com o princípio da dignidade humana e com os objetivos da assistência social: esta incapacidade se revela com a impossibilidade do necessitado, sem o amparo de alguém, de prover ao próprio sustento.

Nesse sentido, insta acentuar, que mesmo no âmbito administrativo é assegurado ao portador de deficiência incapacitante, o deferimento do benefício assistencial, desde que demonstrada carência econômica para prover a própria subsistência (Instrução Normativa nº 95).

Nessa mesma linha, aplica-se à espécie a Súmula nº 29 editada pela TNU dos Juizados Especiais Federais: "*Para efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.742, de 1993, a incapacidade para a vida independente não só é aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento*". E, ainda, o Enunciado nº 30 da Advocacia Geral da União, editado em 30 de julho de 2008, de seguinte teor: "*A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*".

Para efeito de concessão do benefício, a Lei nº 8.742/93 contém no § 3º do art. 20 a previsão do critério de verificação objetiva da condição de miserabilidade, considerando incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Ressalte-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIN 1232-1-DF (DJ 01.06.2001), declarou constitucional o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Ressalte-se, outrossim, também com base nesse julgamento, os precedentes da Excelsa Corte em recentes reclamações ajuizadas pelo INSS têm-se orientado no sentido de que (a) tal regra não impede que, no exame de cada caso concreto, o julgador faça uso de outros meios para aferir a miserabilidade do requerente do benefício e de sua família, exatamente para que o art. 203, V, da Constituição Federal se cumpra rigorosa, prioritária e inescusavelmente (Recl 3805-SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18.10.2005), bem como (b) o legislador pode estabelecer hipótese objetiva para o efeito de concessão do benefício assistencial, não sendo vedada a possibilidade de outras hipóteses, também mediante lei, razão pela qual plenamente possível a concessão do benefício assistencial com base em legislação superveniente à Lei nº 8.742/93, a qual não foi objeto da ADIN 1232-1-DF (Recl 4280-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.08.2006).

Nesse sentido: "O exame dos votos proferidos no julgamento revela que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu § 3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.(...) De se registrar que o entendimento acima expandido tem sido por mim reiterado em casos análogos, sendo exemplo disso: RCL 4.553/SP, decisão monocrática, DJ 1º.2.2007; RCL 4.496/SP, decisão monocrática, DJ 1º.2.2007; RCL 4.194/SP, decisão monocrática, DJ 29.11.2006; RCL 3.964/PB, decisão monocrática, DJ 13.9.2006; RCL 3.805/SP, decisão monocrática, DJ 18.10.2006; RCL 3.821/RO, decisão monocrática, DJ 18.10.2006; RCL 4.010/SP, decisão monocrática, DJ 18.10.2006; RCL 4.037/SP, decisão monocrática, DJ 18.10.2006. No mesmo sentido: Rcl 4.363-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 20.9.2007; Rcl 3.891, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 18.9.2007; Rcl 4.139, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 30.06.2006; Rcl 4.133, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 30.6.2006; Rcl 4.280, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 30.06.2006; Rcl 4.272, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 24.5.2006; Rcl 4.257, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 27.4.2006; Rcl 4.270, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 25.4.2006; Rcl 4.156, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 20.3.2006." (Reclamação nº 5.750-0, Relatora Min. Carmen Lúcia, d. 12.02.2008, DJ 19.02.2008).

No mesmo sentido: RCL 4.735-MC, Rel. Min. Celso de Mello, d. 16.05.2007, DJ 23.05.2007; AI 633.855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 11.04.2007, DJ 23.04.2007; AI 647.027, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 05.02.2007, DJ 15.03.2007; AI 636.920, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 05.02.2007, DJ 15.03.2007; RCL 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, d. 01.02.2007, DJ 06.02.2007; RCL 3.805, Rel. Min. Carmem Lúcia, d. 09.10.2006, DJ 18.10.2006; RCL 4.139, Rel. Min. Carlos Britto, d. 22.06.2006, DJ 30.06.2006; RCL 4.164, Rel. Min. Marco Aurélio, d. 19.05.2006, DJ 29.05.2006; RCL 4.016, Rel. Min. Marco Aurélio, d. 29.04.2006, DJ 10.05.2006; RCL 4.137, Rel. Min. Eros Grau, d. 13.03.2006, DJ 20.03.2006; RE 480.265, Rel. Min. Carlos Britto, d. 24.02.2006, DJ 16.03.2006; RE 461.146, Rel. Min. Carlos Britto, d. 13.12.2005, DJ 03.02.2006; RCL 2.617, Rel. Min. Cezar Peluso, d. 17.06.2004, DJ 25.06.2004.

Também a C. Corte Superior de Justiça, interpretando o referido dispositivo legal, firmou entendimento no sentido de que o requisito da comprovação da renda familiar per capita não superior a ¼ do salário mínimo - artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 - não exclui que a condição de miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova (tais como laudo sócio-econômico, provas testemunhais e comprovantes de despesas), de acordo com cada caso concreto, consoante os precedentes jurisprudenciais:

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 203, V, DA CF/88, § 3º, DA LEI 8.742/93. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 7 E 83/STJ. PRECEDENTES.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

2. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, pela via do recurso especial, esbarra no óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

3. Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no RESP 529.928, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., j. 06.12.2005, DJ 03.04.2006).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003.

INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento."

(STJ, RESP 841.060, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 12.06.2007, DJ 25.06.2007).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA PER CAPITA INFERIOR A ¼ DE SALÁRIO MÍNIMO. REQUISITOS PREENCHIDOS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A verificação do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício assistencial é incompatível com o recurso especial, por depender de reexame de prova (Súmula nº 7/STJ).

2. Esta Corte, ao interpretar o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, firmou entendimento de que o critério previsto no mencionado dispositivo não é o único. Ao contrário, pode o juiz da causa verificar o preenchimento das condições de beneficiário por outros meios de prova.

3. Recurso a que se nega seguimento."

(STJ, RESP 999.917, Rel. Min. Paulo Gallotti, d. 14.02.2008, DJ 22.02.2008).

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

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).
 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.
 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.
 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.
 7. Recurso Especial provido.
- (RESP 1112557/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 28/10/2009, DJe 20/11/2009)

No mesmo sentido: RESP 987.258, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, d. 01.02.2008, DJ 19.02.2008; RESP 955.611, Rel. Min. Gilson Dipp, d. 04.06.2007, DJ 14.06.2007; RESP 895.815, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, d. 31.05.2007, DJ 06.06.2007; RESP 817.022, Rel. Min. Nilson Naves, d. 23.05.2007, DJ 30.05.2007; RESP. 914.841, Rel. Min. Nilson Naves, d. 11.05.2007, DJ. 17.05.2007; RESP 923.524, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, d. 23.04.2007, DJ 02.05.2007; AgRg no RESP 478.379, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 16.03.2006, DJ 03.04.2006; AgRg no AI 507.707, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 09.12.2003, DJ 02.02.2004; AgRg no AI 476.925, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., j. 01.04.2003, DJ 05.05.2003; AgRg no AI 455.435, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T. j. 07.11.2002, DJ 02.12.2002; AgRg no AI 418.124, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T. j. 17.06.2002, DJ 05.08.2002; RESP 314.264, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 15.05.2001, DJ 18.06.2001; Edcl no RESP 222.764, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 06.04.2001, DJ 04.06.2001; AgRg no AG 311.369, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. 07.12.2000, DJ 05.03.2001; RESP 223.603, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 14.12.1999, DJ 21.02.2000.

Cabe acrescentar, ainda, a existência de legislação superveniente à Lei nº 8.742/93 que estabeleceu critérios mais dilargados para a concessão de outros benefícios assistenciais: como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. Deste modo, a demonstrar que o próprio legislador ordinário tem reinterpretado o art. 203 da Constituição Federal, no sentido de admitir que o parâmetro objetivo do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do cidadão.

Do mesmo modo, é forçoso concluir que a interpretação sistemática da legislação superveniente, embora se refira a outros benefícios assistenciais, possibilita ao julgador que o parâmetro objetivo do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos da comprovação da condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente que pleiteia o benefício assistencial.

Em consonância com o disposto no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, na redação dada pela Lei nº 9.720/98, para a divisão da renda familiar é considerado o número de pessoas que vivam sob o mesmo teto, assim compreendido: o (a) cônjuge, o (a) companheiro (a), os pais, os filhos e irmãos não emancipados de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos. Em consequência, os rendimentos auferidos por familiar não elencado no art. 16 da Lei nº 8.213/91 não podem obstar o deferimento do benefício assistencial.

Outrossim, na aferição da hipossuficiência tem cabimento o disposto no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), excluindo do cálculo da renda mensal familiar, para fins de concessão de benefício assistencial, o rendimento oriundo de qualquer benefício previdenciário no valor de um salário mínimo percebido por outro membro da família do necessitado, nos termos dos precedentes desta Corte: EI na AC nº 98.03.020404-1, Terceira Seção, Rel. Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. 12.09.2007, DJ 11.10.2007.

Quanto à inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003, no tocante à condição de miserabilidade da família do necessitado da assistência social, já decidiu o Excelso Tribunal ino correr violação ao inciso V do artigo 203 da Constituição da República ou à decisão proferida na ADIN nº 1.232-1-DF, a aplicação aos casos concretos do disposto supervenientemente pelo Estatuto do Idoso (artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003), em acórdãos assim ementados:

"EMENTA: Benefício assistencial (CF, art. 203, V): recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz do Estatuto do Idoso (L. 10.741/2003, art. 34, parágrafo único): ino corrência de violação do artigo 203, V, da CF ou ino observância do entendimento firmado na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, dado que na decisão impugnada não há declaração de ino constitucionalidade da legislação pertinente (L. 8.742/93, art. 20, § 3º), mas interpretação de dispositivo legal superveniente, que não foi objeto da ADIn 1232."

(STF, AgRg no AI 590.169-5, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 13.12.2006, DJ 09.02.2007).

"EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 c.c. art. 34, § único, da Lei nº 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI nº 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI nº 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo).

(RE 561.936/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., j. 15.04.2008, DJe-083, divulg. 08.05.2008, public. 09.05.2008)

Nesse sentido, recentes decisões daquela Excelsa Corte, *in verbis*:

"DECISÃO: A controvérsia suscitada no recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (RE 561.936/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO):

"Benefício assistencial (CF, art. 203, V): recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz do Estatuto do Idoso (L. 10.741/2003, art. 34, parágrafo único): inoportunidade de violação do artigo 203, V, da CF ou inobservância do entendimento firmado na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, dado que na decisão impugnada não há declaração de inconstitucionalidade da legislação pertinente (L. 8.742/93, art. 20, § 3º), mas interpretação de dispositivo legal superveniente, que não foi objeto da ADIn 1232." (AI 590.169-AgR/MS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

O acórdão impugnado em sede recursal extraordinária ajusta-se a essa orientação jurisprudencial.

Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere."

(AI 800.194/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, d. 31.05.2010, DJe-107, divulg. 14.06.2010, public. 15.06.2010)

"DECISÃO. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. O acórdão recorrido concedeu o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, bem como, na Lei 8.742/93. O julgado restou assim ementado:

"ASSITÊNCIA SOCIAL. LOAS. RENDA PER CAPITA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO IDOSO.

1. O valor da aposentadoria recebido pelo pai da recorrida não deve ser computado para efeito de cálculo da renda familiar per capita. Aplica-se, por analogia, o art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (estatuto do idoso)

2. A situação da recorrente se assemelha àquela prevista no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003. Assim o benefício assistencial de prestação continuada concedido a membro da família com pelo menos 65 anos de idade, a aposentadoria com renda mínima recebida por membro da família com essa idade também não deve ser computada para os fins do cálculo da renda familiar per capita.

(...)" (fl. 109).

No RE, fundado no art. 102, III, a e b, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 203, V, da mesma Carta. O agravo não merece acolhida. É que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que é cabível a dedução de renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar. Nesse sentido, cito por oportuno o RE 561.936/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, cuja ementa segue transcrita:

RECURSO. Extraordinário. Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 c.c. art. 34, § único, da Lei nº 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI nº 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI nº 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo).

Isso posto, nego seguimento ao recurso."

(AI 802.020/ES, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, d. 01.06.2010, DJe-107, divulg. 14.06.2010, public. 15.06.2010)

No mesmo sentido, v.g., AI 784.952/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, d. 25.08.2010, DJe-166, divulg. 06.09.2010, public. 08.09.2010; AI 798.746/ES, Rel. Ministra Cármen Lúcia, d. 02.08.2010, DJe-154, divulg. 19.08.2010, public. 20.08.2010; AI 805.435/PR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, d. 30.06.2010, DJe-144, divulg. 04.08.2010, public. 05.08.2010; AI 800.115/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, d. 02.06.2010, DJe-110, divulg. 17.06.2010, public. 18.06.2010; AI 582.304/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, d. 20.04.2010, DJe-082, divulg. 07.05.2010, public. 10.05.2010; AI 793.700/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, d. 04.05.2010, DJe-085, divulg. 12.05.2010, public. 13.05.2010; RE 601.677 AgR-AgR/PR, Rel. Min. Eros Grau, d. 23.04.2010, DJe-082, divulg. 07.05.2010, public. 10.05.2010; AI 693.146/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, d. 23.02.2010, DJe-046, divulg. 12.03.2010, public. 15.03.2010.

No caso dos autos, a parte autora, que contava com 12 anos de idade na data do ajuizamento da ação (doc. fls. 13), requereu o benefício assistencial por ser deficiente.

A par da alegada miserabilidade, do laudo médico elaborado pelo perito judicial de fls. 74/84, não resta constatada a incapacidade da parte autora à vida independente e ao trabalho. Com efeito, a autora é portadora de Diabetes Tipo I, insulino dependente, diagnosticada há 24 meses e sem possibilidade de cura. No entanto, consoante atestou o perito, a

doença encontra-se estabilizada e a autora desenvolve suas atividades educacionais e sociais sem limitação. Ademais, segundo o laudo, a autora realiza o tratamento da doença adequadamente, faz uso da insulina antes das refeições, não apresenta complicações do quadro e a dieta é feita corretamente, de acordo com as informações da mãe. Dessa forma, não há que se falar em deficiência, nos termos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93.

Assim, não preenche a parte autora todos os requisitos necessários ao deferimento do benefício, pelo que deve ser mantida a r. sentença.

Não há condenação da parte autora aos ônus de sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00043 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003320-97.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.003320-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : APULIO ALMEIDA SOUZA

ADVOGADO : ANA PAULA MENEZES SANTANA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FELIPE MEMOLO PORTELA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00033209720094036119 5 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença proferida em ação onde se objetiva a concessão do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, deixando de condenar o autor à verba honorária, por ser beneficiário da justiça gratuita. Custas *ex lege*.

Apelou a parte autora pleiteando a concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores. Requer, ainda, a concessão da antecipação da tutela.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

No tocante à presença de moléstia incapacitante, verifica-se do laudo médico pericial (fls. 78/83) que o autor, motorista, hoje com 56 anos de idade, é portador de seqüela de acidente vascular cerebral hemorrágico com hemiparesia à direita. Afirma o perito médico que o autor apresenta moderado comprometimento da força muscular e coordenação motora, o que o incapacita para a execução de atos motores voluntários com as mãos. Conclui que o autor está incapacitado para o trabalho, sendo sua incapacidade total e permanente.

Por outro lado, o perito médico fixou o início da incapacidade do autor em outubro de 2008 (fls. 80). Assim, considerando que, após 29.06.1999, o autor voltou a recolher contribuições à previdência social em 07.11.2008 (fls. 50/52), restou configurada a preexistência da doença em relação a sua refiliação aos quadros do RGPS, sendo aplicável o art. 42, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Assim, ausentes os requisitos autorizadores da aposentadoria por invalidez, ou mesmo do auxílio-doença, conforme o disposto nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da autora, mantendo a r. sentença.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.
Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00044 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007400-09.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.007400-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ELIANDRO RADICCHI
ADVOGADO : ELISANGELA FERNANDEZ ARIAS e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00074000920094036183 2V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ELIANDRO RADICCHI em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 27.01.2009) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Sem custas e honorários advocatícios, em razão da concessão da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, a constitucionalidade do fator previdenciário inserido pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999, em cumprimento ao comando constitucional (art. 201, caput, CF/1988). Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não

pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."
(STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão,

não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.

Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.
III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.
IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.
V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.
(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.
2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.
3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00045 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008592-74.2009.4.03.6183/SP

2009.61.83.008592-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : MARIA ALICE DOMINGUES DIAS
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA GOLONI PRETO RODRIGUES DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00085927420094036183 7V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido de revisão formulado pelo autor para revisão do benefício de modo a considerar-se, para o cálculo do fator previdenciário, a tábua de mortalidade elaborada pelo IBGE no ano de 2002 ou, alternativamente, a tábua de mortalidade do ano de 2003, desde que ajustada para contemplar, apenas, as alterações de expectativa de vida ocorridas entre os exercícios de 2001 e 2002.

Alega o recorrente, em síntese, violação aos princípios do contraditório e do devido processo legal, bem como cerceamento de defesa pela aplicação do Art. 285-A do CPC.

Aduz, quanto ao mérito, que a mudança de metodologia do IBGE no cálculo da tábua de mortalidade em 2002 resultou numa variação percentual de 20,51% na faixa etária de 44 a 80 anos, em relação à tábua de mortalidade divulgada em 2001.

Com contra-razões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

No caso dos autos há questão exclusivamente de direito, sobre a legitimidade da utilização da tábua de mortalidade no cálculo fator previdenciário, que, portanto, comporta julgamento antecipado da lide, nos termos do Art. 285-A do CPC: *Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.*

Quanto ao mérito, assim dispõe o Art. 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do artigo 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fato previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do artigo 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

(...)

§ 7º - O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do anexo a esta Lei.

§ 8º - Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua de completa de mortalidade construída pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos

Observo que as Colendas Sétima e Décima Turmas desta Corte consolidaram o entendimento de que é legítima a utilização da tábua de mortalidade verificada na data da concessão do benefício. É o que se vê nos julgados a seguir transcritos:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência .

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007076-3, Décima Turma, Rel. Desembargador Sérgio Nascimento, DJF3 24.06.2010)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DE TÁBUA DE MORTALIDADE NÃO MAIS VIGENTE À ÉPOCA DA APOSENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. - NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À UTILIZAÇÃO DE TÁBUA DIVERSA- APELAÇÃO DESPROVIDA.

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há respaldo legal para a utilização de tábua de mortalidade - necessários ao cálculo do fator previdenciário e nos casos em que sua incidência é obrigatória - não mais vigente quando da DER/DIB, uma vez que a Lei nº 9.876/99 expressamente previu que devem ser consideradas a expectativa de vida, o tempo de contribuição e a idade do segurado à época da aposentadoria do segurado.

- A elaboração da tábua de mortalidade é atualizada periodicamente com base no censo populacional brasileiro e é tarefa que compete ao IBGE, cabendo ao INSS, tão-somente, a aplicação dos dados nela divulgados, sendo inviável proceder-se à alteração dos mesmos.

- Resguarda-se, entretanto, o direito adquirido do segurado à concessão de eventual aposentadoria, desde que implementados todos os requisitos legais exigíveis, em que sejam computados somente o tempo de serviço, a idade e as

contribuições vertidas até a data em que vigorava determinada tábua de mortalidade , nas hipóteses em que a tábua superveniente implicar desvantagem ao requerente, ainda que, nesta hipótese, seja considerada um número maior de contribuições e de tempo de labor. Não houve, contudo, demonstração de aludido direito.

- A aplicação da tábua de mortalidade não mais vigente à data de início da aposentadoria da parte autora ou a aplicação da vigente com dados do censo anterior é incabível porquanto é legal a diminuição do valor do benefício previdenciário com a melhora na expectativa de vida.

- Não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Matéria preliminar afastada.

- Apelação desprovida.

(AC 2009.61.83.008597-3, Sétima Turma, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJF3 05.05.2010)

Ante ao exposto, com base no Art. 557, *caput* do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00046 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009548-90.2009.4.03.6183/SP

2009.61.83.009548-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO ALVES DE SOUZA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RICARDO QUARTIM DE MORAES e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00095489020094036183 4V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez do autor. A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor alegando, em síntese, que os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença devem ser computados como salário-de-contribuição para efeito de cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 29, § 5º da Lei 8.213/91.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não obstante o Egrégio Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral nesta matéria no RE 583834 RG/SC, verifico que não houve determinação expressa de sobrestamento dos feitos. Por outro lado, o Art. 543-B não obsta o julgamento das apelações, mas apenas a remessa dos recursos extraordinários.

Quanto ao mérito, não assiste razão à parte autora.

Verifico que foi concedido ao autor o benefício de auxílio-doença, NB 059.150.188-0, com DIB em 12.12.1994 e cessado em 31.08.1997 em razão de transformação em aposentadoria por invalidez, NB 106.996.063-0, com DIB no dia seguinte em 01.09.1997.

Observo que a aplicação do art. 29, § 5º da Lei 8.213/91 se dá nas hipóteses em que há períodos de contribuição permeados com o recebimento de auxílio-doença o que, evidentemente, não é o caso dos autos, tendo em vista que a cessação do benefício se deu exatamente pela transformação em aposentadoria por invalidez. Este o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral." Agravo regimental desprovido.

(STJ; AGP 7109; Terceira Seção; Relator Ministro Felix; DJE 24.06.2009);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido.

(STJ; AGRESP 1039572; 6ª Turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJE 30.03.2009);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.

1. O entendimento traçado na decisão monocrática com a qual se baseia o recorrente para sustentar sua tese não se coaduna com o caso em estudo, pois no precedente colacionado pelo agravante, não se tratou sobre a inexistência de salários-de-contribuição.

2. A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, § 5º, da aludida lei.

3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio doença anterior a ela, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1017520/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 29/09/2008)

Na mesma linha os julgamentos desta Colenda Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 36, § 7º, DEC. 3.048/99. CONCESSÃO POR TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART.124, I, LEI 8213/91. I - O cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença deve se dar nos termos do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes do STJ. II - A aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 se dará nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição. III - No que tange aos honorários advocatícios, restou consignado que a execução corresponde ao valor das parcelas da aposentadoria concedida judicialmente, descontados os valores de auxílio-doença recebidos na esfera administrativa, por força do disposto no artigo 124, inciso I, da Lei 8.213/91, sendo, portanto, essa a base de cálculo daquela verba. IV - Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela autora, improvido.

(AC 2010.03.99.020683-2, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJF3 27.10.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00047 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010955-34.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.010955-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : VERONICE RAMOS DE OLIVEIRA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUCIANA MARTINS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez do autor. A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor alegando, em síntese, que os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença devem ser computados como salário-de-contribuição para efeito de cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 29, § 5º da Lei 8.213/91.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Trata-se de ação manifestamente improcedente.

Isto porque a tese sustentada na inicial é de novo cálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez de modo que fossem computados os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença como salários-de-contribuição da aposentadoria.

Entretanto, no caso em tela não existe aposentadoria por invalidez a ser revisada e nem sequer auxílio-doença.

Ocorre que a autora é beneficiária de pensão por morte, NB 057.038.888-0, na qualidade de dependente de seu ex-cônjuge Albericio Carlos de Oliveira.

Todavia, o referido segurado não era aposentado, pois não há nenhum benefício cadastrado em seu nome no sistema de informação de benefício - SISBEN.

Tal assertiva é reforçada pelo fato de que o óbito do "de cujus" ocorreu em 12.01.1993 (fl. 23), tendo sido qualificado como mecânico, e não aposentado, e a data de rescisão do contrato de trabalho vigente com o empregador Touring Club do Brasil coincide com a data do óbito (fl. 29).

Ante ao exposto, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, por se tratar de ação manifestamente improcedente.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00048 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011515-73.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.011515-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ERCILIA BOAVENTURA DA SILVA

ADVOGADO : EVELYNE CRIVELARI SEABRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MOACIR NILSSON e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00115157320094036183 4V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão de benefício formulado pelo autor com o fim de que os valores recebidos a título de décimo terceiro salário, no período básico de cálculo, fossem computados no cálculo da renda mensal inicial.

Alega o recorrente, em síntese, que deve ser aplicada a redação original do Art. 28, § 7º, da Lei 8.213/91 para que os valores recebidos a título de décimo terceiro salário sejam computados no cálculo da renda mensal inicial.

Sem as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Ressalto que meu entendimento pessoal diverge da jurisprudência consolidada nesta 10ª. Turma, porque convicta de que é indevida a inclusão da gratificação natalina no cálculo do salário de benefício.

Com efeito, a partir da data da publicação da Lei nº 8.870/94, o décimo terceiro salário (gratificação natalina) foi expressamente excluído do período básico de cálculo dos benefícios.

Lei 8.213/91:

Art. 29 (...)

§ 3º Serão considerados para cálculo do salário-de-benefício os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo-terceiro salário (gratificação natalina).

Lei nº 8.212/91

Art. 28 (...)

§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento. (grifei).

A alteração do art. 28, § 7º da Lei nº 8212/91 já constava da Medida Provisória nº 381 de 06/12/93 (publicada no dia seguinte) bem como de suas sucessivas reedições (MP nº 408, MP nº 425 e MP nº 446). Porém, a alteração no art. 29, § 3º da Lei nº 8213/91, harmonizando o sistema, somente ocorreu quando da conversão da última medida provisória (MP nº 446 de 09/03/1994) na Lei nº 8.870/94, razão pela qual considero que a vedação somente passou a ser expressa nesta data.

Tais disposições, evidentemente, alcançam todos os benefícios concedidos após a entrada em vigor de tal lei. Isto porque os parâmetros de cálculos da renda mensal inicial, tais como correção monetária, composição do período básico de cálculo, alíquotas que incidem sobre salário de benefício, entre outros, são aqueles vigentes na data de início dos mesmos. Neste sentido, inclusive, precedente do plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal (RE 470244 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a):Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 09/02/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 23-03-2007 PP-00050EMENT VOL-02269-08 PP-01642).

Assim, para fins de cálculo da renda mensal inicial, a legislação vigente na data do recolhimento de cada salário de contribuição é irrelevante. Observe-se que, atualmente, o período básico de cálculo é bastante extenso (art. 29, I e II da Lei nº 8213/91 e 3º da Lei nº 9.876/99), e o benefício, evidentemente, será calculado de acordo com as regras atuais. Esclareço que nestes autos não se discute alteração dos termos inicial e final do período básico de cálculo, apenas a inclusão do 13º salário ou não no mesmo.

Para os benefícios concedidos após 16.04.1994 a vedação é expressa, como já explanado.

Resta porém, a discussão se é possível ou não a inclusão da gratificação natalina no cálculo dos benefícios concedidos ainda na égide das redações originárias das Leis nº 8.213/91 e nº 8.212/91.

A despeito da existência de julgamentos favoráveis e desfavoráveis em relação ao tema anoto que, em sessão de julgamento realizada em 27/03/2009, a **Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais**, ao julgar o Incidente n.º 2007.85.00.505929-9, da relatoria do Exmo. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, firmou entendimento em sentido contrário à pretensão da parte autora. Transcrevo a seguir trecho do voto:

"(...)

No mérito, observo que deve haver simetria entre as fontes de custeio e de benefícios da Previdência Social.

Assim, se de um lado os segurados vertem contribuições sobre o décimo-terceiro salário, de outro lado a gratificação natalina também é assegurada aos titulares de benefícios previdenciários continuados.

Por isso, se o décimo-terceiro salário fosse incluído no cálculo do salário-de-benefício, caracterizar-se-ia a dupla contagem no âmbito do pagamento de benefícios. O valor do décimo-terceiro salário alavancaria o valor da renda mensal inicial e, ao mesmo tempo, não elidiria o pagamento da gratificação natalina aos titulares de benefícios continuados. No entanto, não haveria fonte de custeio para essa majoração, e, ao mesmo tempo, haveria a dupla contagem de um mesmo fator, na concessão de benefícios.

Em face disso, adoto o entendimento expresso no enunciado da súmula n.º 18, das Turmas Recursais da Seção Judiciária de Santa Catarina, in verbis:

"É indevida a inclusão da gratificação natalina nos salários-de-contribuição ou no período base de cálculo de benefícios previdenciários, mesmo no regime anterior ao advento da Lei 8.870/94."

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do pedido de uniformização, e negar-lhe provimento.

É o voto." (grifei)

Assim, meu entendimento segue a mesma conclusão da Turma Nacional de Uniformização.

Todavia, essa E. Turma já consolidou entendimento em sentido contrário, a saber:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA - RENDA MENSAL INICIAL - INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA FINS DE CÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE NA VIGÊNCIA DOS ART. 28, PARÁGRAFO 7º DA LEI 8.212/1991 E § 3º DO ARTIGO 29 DA LEI Nº 8.213/1991 EM SUAS REDAÇÕES ORIGINAIS ANTERIORMENTE A VIGÊNCIA DA LEI 8.870/94- CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA E APELO AUTÁRQUICO DESPROVIDO. - Decadência do direito de revisão do benefício de aposentadoria (DIB 01.09.1991). Inaplicável à espécie o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, com

a redação trazida pelas Leis nº 9.528/97, 9.711/98 e 10.839/2004, uma vez que a novel legislação passa a ter efeitos tão-somente sobre os benefícios que vierem a se iniciar sob sua égide, não podendo incidir sobre situações já consolidadas pelo direito adquirido. - O cômputo dos décimos-terceiros salários para fins de cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário foi autorizado pela legislação previdenciária, até a edição da Lei 8.870, de 15 de abril de 1994, que alterou o art. 28, parágrafo 7º da Lei de Custeio e art. 29, parágrafo 3º da Lei de Benefícios. - A correção monetária deverá incidir consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução n. 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o novo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal. - Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 1% (um por cento) ao mês, conforme artigo 406 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002, considerando que o INSS foi citado já sob a égide desse diploma. - Honorários advocatícios reduzidos para 10% sobre o montante da condenação, nela compreendidas as parcelas vencidas até a data da r. sentença condenatória, consoante o disposto na Súmula nº 111 do STJ. - Remessa oficial parcialmente provida e apelação do INSS desprovida.

(APELREE 200903990054409, Desembargadora Federal EVA REGINA, Sétima Turma; DJ 09/09/2009) e PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NO CÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ANTERIORMENTE À LEI Nº 8.870/94.

1. Para os benefícios concedidos em data anterior ao advento da Lei nº 8.870/94, o décimo-terceiro salário (gratificação natalina) deve ser considerado no salário-de-contribuição para fins de cálculo do salário-de-benefício e apuração da renda mensal inicial. Inteligência do art. 28, § 7º, da Lei nº 8.212/91 e do art. 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, ambos em sua redação primitiva.

2. Os juros de mora incidem à base de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, de forma decrescente para as parcelas posteriores a tal ato processual e de forma globalizada para as anteriores, sendo que a partir de 11/01/2003 os juros deverão ser computados à base de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do novo Código civil, c.c. o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, os quais têm incidência até a data da expedição do precatório, desde que este seja pago no prazo estabelecido pelo artigo 100 da Constituição Federal (STF; RE nº 298.616/SP).

3. Reexame necessário parcialmente provido.

(AC 2004.03.99.025226-0, Rel. Desembargador Federal Galvão Miranda, Décima Turma, DJU 26.04.2006)"

No mesmo sentido vem decidindo o Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, como se vê dos acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. 13º SALÁRIO E ADICIONAL DE FÉRIAS. CÔMPUTO NOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO.

1. A inflação a ser considerada na atualização monetária dos salários-de-contribuição considerados no cálculo do salário-de-benefício é aferida até o mês imediatamente anterior ao mês do início do benefício.

2. Concedido o benefício antes do advento da Lei n. 8.870/94, é devida a inclusão da gratificação natalina no cálculo do salário-de-benefício.

3. ... "omissis".

(AC 003.71.00.061668-5, JOÃO BATISTA LAZZARI, TRF4 - SEXTA TURMA, 05/08/2009)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. 1. Consoante dispõe o art. 201, §4º, da CF/88, os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão considerados para efeito de contribuição previdenciária, conforme dispuser a lei. Logo, devem ser considerados no cálculo dos salários de contribuição os ganhos a título de diferenças salariais e prêmios de vendas (Lei nº 8.213/91, art. 29, §3º). 2. As gratificações natalinas também devem ser consideradas para efeito de cálculo do salário de benefício, por aplicação da lei vigente à época da concessão. 3. Não integram o salário de contribuição, segundo dispõe o art. 28, §9º, da Lei nº 8.212/91, os abonos de férias não excedentes aos limites da legislação trabalhista. 4. A aplicação de limitações aos salários de contribuição individualmente considerados funciona como um freio do sistema, traduzindo-se em normas que pretendem viabilizar a Previdência Social, em nada contrariando qualquer dispositivo de hierarquia superior.

(AC 9704481381, VIRGÍNIA AMARAL DA CUNHA SCHEIBE, TRF4 - QUINTA TURMA, 05/07/2000)"

Entretanto, observo que, no caso dos autos, a data de início do benefício (DIB) é de 30.06.1994 (fl. 19), portanto, posterior à Lei 8.870, publicada em 16.04.94, que veda a inclusão da gratificação natalina.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a revisão dos benefícios previdenciários obedece ao princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o seu cálculo deverá ser feito de acordo com a legislação vigente à época em que preenchidos os requisitos a ele necessários. É o que se vê no julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes.

Desta forma, deve ser aplicada a Lei 8.870/94, que veda o cômputo da gratificação natalina no cálculo do salário-de-benefício.

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação do autor, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, mantendo-se a r. sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00049 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013258-21.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.013258-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : TERESINHA ROSA DA SILVA (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA GOLONI PRETO RODRIGUES DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00132582120094036183 1V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente a ação de revisão de benefício com o fim de reconhecer o reajuste de seu benefício com os seguintes índices: 0,91% em dezembro de 2003 e 27,23% em janeiro de 2004, bem como a aplicação do INPC a partir de 1996.

Alega o recorrente, em síntese, ter havido cerceamento de defesa e violação ao princípio do devido processo legal em razão do julgamento antecipado da lide.

Aduz, quanto ao mérito, que os reajustes concedidos aos salários-de-contribuição devem ser aplicados aos benefícios previdenciários, por força dos artigos 20, § 1º e 28, § 5º da Lei 8.212/91.

Com as contra-razões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

De início verifico que o pedido do autor versa sobre questão exclusivamente de direito que, portanto, comporta julgamento antecipado da lide, nos termos do Art. 285-A do CPC:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Quanto ao mérito, observo que a tese do autor é fundada na aplicação dos artigos 20, §1º e 28, § 5º, da Lei 8.212/91. Ao que se depreende da simples leitura dos dispositivos acima mencionados, os índices de reajustamento dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo dos benefícios previdenciários devem guardar equivalência com os critérios de correção dos benefícios de prestação continuada, e não o inverso.

Esse o entendimento desta Colenda Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. REAJUSTE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS. EC 20/98 E 41/03. ART. 20, § 1º E ART. 28, § 5º DA LEI Nº 8.212/91. PRECEDENTES DESTA E. CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão ora agravada encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada desta Egrégia Corte.

- O disposto nos arts. 20, § 1º, e 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91, que regula as disposições constitucionais relativas ao Plano de Custeio da Seguridade Social, não autoriza o reajuste da renda mensal dos benefícios previdenciários na mesma proporção do aumento do teto do salário-de-contribuição.

- Indevidos os reajustamentos dos benefícios nos percentuais de 10,96 % (dezembro/98), 0,91% (dezembro/2003) e 27,23% (dezembro/2004). Precedentes do C. STJ e desta E. Corte.

- Não há como acolher a alegação de que a aplicação do art. 285-A do CPC viola o art. 5º, XXXV, LIV, LV, da CF, como ventilado na decisão ora agravada, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2009.61.83.009975-3, Décima Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJF3 05.05.2010)

Desta forma, a tese ora sob apreço pretende substituir os critérios de reajustamento legalmente previstos. No entanto, cabe ao INSS zelar pela correção mensal dos benefícios, a fim de preservar-lhes o valor real, segundo critérios previstos em lei.

Com efeito, é defeso ao Juiz substituir os indexadores escolhidos pelo legislador para a atualização dos benefícios previdenciários, por outros que o segurado considera mais adequados. Agindo assim, estaria o Judiciário usurpando função que a Constituição reservou ao legislador, em afronta ao princípio constitucional da tripartição dos Poderes. Ademais, estar-se-ia majorando um benefício previdenciário com violação ao princípio da pré-existência ou regra da contrapartida, insculpido no art. 195, § 5.º da Magna Carta e art. 125, da Lei n.º 8.213/91 c.c. o art. 152 do Decreto n.º 3.048/99.

Ante ao exposto, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00050 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016299-93.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.016299-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARIA RAMOS DE SANTANA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ROBERTA ROVITO OLMACHT e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00162999320094036183 2V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez do autor.

Apela o autor alegando, em síntese, que os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença devem ser computados como salário-de-contribuição para efeito de cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 29, § 5º da Lei 8.213/91.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não obstante o Egrégio Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral nesta matéria no RE 583834 RG/SC, verifico que não houve determinação expressa de sobrestamento dos feitos. Por outro lado, o Art. 543-B não obsta o julgamento das apelações, mas apenas a remessa dos recursos extraordinários.

Quanto ao mérito, não assiste razão à parte autora.

Verifico que foi concedido ao autor o benefício de auxílio-doença, NB 103.160.019-9, com DIB em 07.02.1998 e cessado em 29.03.2000 em razão de transformação em aposentadoria por invalidez, NB 111.853.653-0, com DIB no dia seguinte em 30.03.2000.

Observo que a aplicação do art. 29, § 5º da Lei 8.213/91 se dá nas hipóteses em que há períodos de contribuição permeados com o recebimento de auxílio-doença o que, evidentemente, não é o caso dos autos, tendo em vista que a cessação do benefício se deu exatamente pela transformação em aposentadoria por invalidez. Este o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral." Agravo regimental desprovido.

(STJ; AGP 7109; Terceira Seção; Relator Ministro Felix; DJE 24.06.2009);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido.

(STJ; AGRESP 1039572; 6ª Turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJE 30.03.2009);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.

1. O entendimento traçado na decisão monocrática com a qual se baseia o recorrente para sustentar sua tese não se coaduna com o caso em estudo, pois no precedente colacionado pelo agravante, não se tratou sobre a inexistência de salários-de-contribuição.

2. A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, § 5º, da aludida lei.

3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio doença anterior a ela, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1017520/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 29/09/2008)

Na mesma linha os julgamentos desta Colenda Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 36, § 7º, DEC. 3.048/99. CONCESSÃO POR TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART.124, I, LEI 8213/91. I - O cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença deve se dar nos termos do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes do STJ. II - A aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 se dará nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição. III - No que tange aos honorários advocatícios, restou consignado que a execução corresponde ao valor das parcelas da aposentadoria concedida judicialmente, descontados os valores de auxílio-doença recebidos na esfera administrativa, por força do disposto no artigo 124, inciso I, da Lei 8.213/91, sendo, portanto, essa a base de cálculo daquela verba. IV - Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela autora, improvido.

(AC 2010.03.99.020683-2, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJF3 27.10.2010)

Ante ao exposto, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00051 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0027203-63.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.027203-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE : MATHEUS GUIMARAES MARQUES incapaz
ADVOGADO : ALESSANDRA APARECIDA NEPOMUCENO
REPRESENTANTE : DILMA APARECIDA GUIMARAES DA COSTA
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANDREA FARIA NEVES SANTOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE CRUZEIRO SP
No. ORIG. : 08.00.00146-4 1 Vr CRUZEIRO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão em que foi determinada a citação de Zeni Santos Neves como litisconsorte necessária, em ação movida para a concessão de pensão por morte.

Sustenta a parte agravante que a matéria está preclusa, vez que não alegada em sede de contestação.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro a plausibilidade das alegações.

A citação da litisconsorte é medida que se impõe. Ao que tudo indica, ela é ex-esposa do segurado falecido e atual beneficiária da pensão por morte (fl. 07). Considerando que o agravante pleiteia o mesmo benefício, as decisões proferidas na ação judicial poderão interferir diretamente em sua esfera de direitos.

A alegada preclusão deve ser afastada, uma vez que a falta de citação, neste caso, é causa de nulidade insanável. Nesse sentido, colaciono:

PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - REDUÇÃO DE COTA DE OUTRO BENEFICIÁRIO - FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - SENTENÇA ANULADA - APELAÇÃO DO INSS PREJUDICADA. Analisados os autos, constata-se a percepção do benefício de pensão pelo filho do falecido. Como o acolhimento da pretensão da autora implica, necessariamente, alteração da cota do beneficiário apontado, configurada está a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, a impor a citação deste para compor o pólo passivo da ação. Sentença anulada ex officio. Prejudicada a análise da apelação do INSS. (TRF3, 7ª Turma, AC 200703990205282, Rel. Juíza Fed. Conv. Leide Polo, j. 22/02/2010, DJ 17/03/2010)
REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO - PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - LITISCONSÓRCIO. 1. Se há terceira pessoa usufruindo o benefício de pensão por morte, presume-se o interesse no resultado do julgamento, devendo integrar a lide como litisconsorte passivo necessário, na forma do art. 47 do CPC. 2. Anulados os atos processuais posteriores à citação. Prejudicados o reexame necessário e a apelação do INSS. (TRF3, 9ª Turma, APELREE 200303990308399, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 26/10/2009, DJ 12/11/2009)

Destarte, em razão dos precedentes esposados e dos fundamentos supra, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00052 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033258-30.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033258-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

AGRAVANTE : ADEMIR APARECIDO LOPES

ADVOGADO : THOMAZ ANTONIO DE MORAES

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS GAMA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE ITAPIRA SP

No. ORIG. : 09.00.00039-4 1 Vr ITAPIRA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de apresentação de quesito suplementar ao médico perito, em ação movida para a concessão de aposentadoria por invalidez.

Sustenta a parte agravante que a medida constitui cerceamento de defesa.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro a plausibilidade das alegações.

A manifestação das partes após a perícia está prevista no Art. 435 do CPC, e se destina a conceder oportunidade para impugná-lo ou para requerer esclarecimentos sobre o laudo produzido.

No caso concreto, o agravante apresentou o seguinte quesito:

Com base nos documentos médicos dos autos pode afirmar que o autor apresenta incapacidade laborativa desde a cessação administrativa ou requer outros exames para fazer essa afirmativa?

Resta claro que o agravante não pretende impugnar, nem ver esclarecido qualquer ponto do laudo, mas sim inovar a matéria levada ao exame pericial, o que não pode ser admitido, vez que o ato processual já se encerrou. Nesse sentido, colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 125, I, 182, 244, 327 e 425 do CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. PERÍCIA. QUESITOS E ASSISTENTE TÉCNICO. PRAZO. PRECLUSÃO. ARTS. 421, § 1º, 473 E 183 DO CPC.

1. O Tribunal a quo não emitiu juízo de valor acerca dos artigos 125, I, 182, 244, 327 e 425 do CPC. Malgrado a recorrente tenha aviado embargos de declaração, não apontou no presente apelo, violação ao art. 535 do Estatuto de Ritos para que fosse viável a análise de eventual omissão a ser sanada, o que atrai a Súmula 211/STJ. 2. O prazo estabelecido no art. 421, § 1º, do CPC, não é preclusivo, o que permite à parte adversa indicar o assistente técnico e formular os quesitos a qualquer tempo, desde que não iniciados os trabalhos periciais. Precedentes. 3. Recurso especial improvido. (grifei)

(STJ, 2ª Turma, RESP 199800790233, Rel. Min. Castro Meira, j. 04/10/2005, DJ 24/10/2005)

Destarte, em razão do precedente esposado e dos fundamentos supra, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência a após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00053 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033687-94.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.033687-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE : LUIS HENRIQUE BARBANTE FRANZE e outro
: FERNANDO JOSE POLITO DA SILVA
ADVOGADO : FERNANDO JOSE POLITO DA SILVA
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOSE ANTONIO BIANCOFIORE
: HERMES ARRAIS ALENCAR
PARTE AUTORA : JOAO MANOEL DE SOUZA e outros
: JOAQUIM VICARIVENTO
: JOSE GABRIEL DOS SANTOS
: JOSEFA DOS SANTOS
: JOSEFA RAMOS MANTOVANI
ADVOGADO : LUIS HENRIQUE BARBANTE FRANZE
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PIRAJUI SP
No. ORIG. : 03.00.00039-8 1 Vr PIRAJUI/SP
DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de execução de sentença, indeferiu pedido de expedição de precatório em separado referente aos honorários contratados.

Busca-se a reforma da decisão sustentando-se, em síntese, que o destaque dos honorários é admitido pelo Art. 22, §4º, da Lei 8.906/94.

É o relatório. Decido.

A despeito do meu entendimento pessoal de que não é da competência da Justiça Federal a execução de contratos firmados entre particulares, observo que a jurisprudência relativa à matéria discutida neste recurso está amplamente consolidada nos Tribunais Superiores e também nesta E. Corte.

Primeiramente, cumpre observar que o Art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94 estabelece:

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.

Contudo, neste exame perfunctório, cumpre tecer algumas considerações a respeito da abusividade do contrato. Não se discute aqui qualquer vedação à justa remuneração pelo trabalho do advogado. Aliás, não é por outro motivo que o próprio Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece ser dever do advogado evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de honorários, salvo motivo plenamente justificado.

Por outro lado, na fixação da verba honorária, ainda que em contratos nos quais se adote a cláusula *quota litis*, deve cingir-se aos limites do razoável, com *moderação* (Art. 36, *caput*), em especial nas causas em que estão sendo pleiteados benefícios de natureza alimentar, destinados à subsistência e à vida digna do segurado/beneficiário, muitos deles idosos, menores, viúvas, órfãos e portadores de deficiência e de graves moléstias, a gozar de proteção constitucional e legal.

Desta sorte, observa-se que, no contrato firmado, o segurado JOÃO MANOEL DE SOUZA arcará, como remuneração dos serviços advocatícios prestados, com 30% (trinta por cento) do total recebido em juízo, mais a verba de sucumbência (fl. 74).

Verifico, então, que o contrato anexado aos autos, cuja execução pretende o advogado, extrapola o percentual de 20% sobre o valor da condenação, previsto na Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil e do Art. 20 do CPC. Assim, entendo que não seria correto, ao menos neste exame perfunctório, impor ao juiz *a quo* o cumprimento a um contrato abusivo, em prejuízo ao próprio autor, contrário às regras estabelecidas.

Ressalto, por outro lado, que foi proposta Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal perante a Subseção Judiciária da Justiça Federal em Guanambi (BA), na qual foi determinada a adequação de contratos de honorários às regras estabelecidas pela OAB (processo nº 2007.33.09.000620-0). Naquela ação, a juíza federal Dayana de Azevedo Bião de Souza reconheceu que o valor estabelecido pelos advogados era abusivo e desrespeitava o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil. A juíza decretou, ainda, a nulidade das cláusulas dos contratos que estabeleciam remuneração acima de 20%. "*A remuneração dos advogados não poderá exceder, em qualquer hipótese, tal percentual*", afirmou a juíza na decisão.

No mesmo sentido, a jurisprudência esta E. Corte, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESTAQUE DOS HONORÁRIOS CONTRATADOS DO VALOR DA CONDENAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O § 4º do art. 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) prevê a possibilidade de pagamento dos honorários convencionados diretamente ao advogado, que fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte. 2. Entretanto, ante o elevado percentual estabelecido, bem como ante a clara hipossuficiência da autora, deve o magistrado proceder ao controle da regularidade do pacto de honorários advocatícios. 3. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3, 7ª Turma, AI 2008.03.00.024215-6, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 30/03/2009, DJ 06/05/2009)

Por fim, consigno que o magistrado tem obrigação de zelar pelo cumprimento da Constituição, em especial, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, em razão do precedente esposado e dos fundamentos supra, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00054 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033802-18.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.033802-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE : ANA MARIA CAMPOS LODI
ADVOGADO : EDVALDO LUIZ FRANCISCO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE LARANJAL PAULISTA SP
No. ORIG. : 10.00.00116-9 1 Vr LARANJAL PAULISTA/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ana Maria Campos Lodi face à decisão proferida nos autos da ação de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, em que a d. Juíza *a quo* determinou que a autora comprove documentalmente a sua residência na Comarca, no prazo de 5 (cinco) dias.

Alega a agravante, em síntese, que o documento juntado com a petição inicial comprova que reside na cidade de Laranjal Paulista/SP. Sustenta que não é exigível a apresentação de comprovante de endereço, nos termos do art. 282 do Código de Processo Civil, bastando sua indicação.

É o breve relatório. Decido.

Inicialmente, a determinação de emendar a peça exordial com a juntada de comprovante de residência não traz em si nenhum conteúdo decisório de modo a causar prejuízo à agravante, uma vez que o Magistrado *a quo* concluiu que a referida questão merece maior esclarecimento.

De fato, no caso em tela, não restou demonstrado que a autora reside na cidade de Laranjal Paulista/SP, tendo em vista que o comprovante de endereço juntado à fl. 23 dos autos principais está em nome de pessoa estranha aos autos e os documentos de fl. 26/36 apontam o endereço da demandante em Guarulhos/SP.

É certo que o artigo 282 do Código de Processo Civil não exige a juntada de comprovante de endereço com a petição inicial. Todavia, a presunção legal de veracidade do endereço declinado na inicial restou afastada, diante dos elementos constantes nos autos.

Observo, ainda, que a emenda à inicial, neste caso, se faz necessária, para delimitar a competência do Juízo monocrático para o julgamento da presente lide, já que as ações previdenciárias somente podem ser ajuizadas na Justiça Estadual no foro do domicílio do segurado.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao agravo de instrumento da autora.**

Comunique-se ao Juízo *a quo* o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00055 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034099-25.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034099-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE : JOAO PAULO ALVES DA SILVA
ADVOGADO : EMIL MIKHAIL JUNIOR
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PRESIDENTE EPITACIO SP
No. ORIG. : 10.00.09159-8 1 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por João Paulo Alves da Silva, em face de decisão proferida nos autos de ação previdenciária objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, em que a d. Juíza *a quo* indeferiu a tutela antecipada pleiteada.

O agravante alega, em síntese, que estão presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil para a concessão do provimento antecipado, haja vista ser portador de doença que o incapacita para o labor.

Inconformado, requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o sucinto relatório. Decido.

A d. Juíza *a quo* indeferiu o pedido de antecipação da tutela, por entender insuficientes as provas trazidas aos autos da ação principal.

Prevê o art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

A parte que pretende o provimento antecipado deve providenciar, com a inicial, a juntada de todos os documentos que entende necessários a fim de convencer o julgador da existência da verossimilhança de suas alegações.

Para isso, referidos documentos devem ter tamanha força probatória, a ponto de que sobre eles não paire nenhuma discussão.

A propósito, trago à colação o seguinte precedente do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE.

A concessão de antecipação da tutela requer a configuração do periculum in mora e prova inequívoca a convencer o julgador da verossimilhança da alegação. Se a matéria dos autos depende fundamentalmente de dilação probatória, é inviável a antecipação. Agravo desprovido.

(TRF 4ª Região, AG n.º 2000040182693/SC, 6ª Turma, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, j. 05/09/2000, DJU 22/11/2000).

No caso, os documentos acostados aos autos, não obstante a idoneidade de que se revestem, mostram-se insuficientes para o deferimento do pedido, vez que não atestam, de forma categórica, a alegada incapacidade laborativa do autor.

Assim, a verificação dos requisitos a ensejar o reconhecimento e pertinência para a concessão do provimento antecipado é feita pelo magistrado após ampla instrução probatória, o que não é possível de ser realizado na via estreita do agravo de instrumento, sendo indispensável a realização de perícia médica.

A alegação de demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como quer o agravante.

Por fim, não logrou êxito o recorrente, por ora, em demonstrar o desacerto da decisão impugnada, motivo pelo qual impõe-se a manutenção do provimento vergastado.

Diante do exposto, **nego seguimento ao Agravo de Instrumento da parte autora**, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao Juízo *a quo* o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00056 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034237-89.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034237-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE : GENILDO AGUSTINHO DOS SANTOS
ADVOGADO : ANDRE DOS REIS
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE CAIEIRAS SP
No. ORIG. : 10.00.00075-1 2 Vr CAIEIRAS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão denegatória de antecipação da tutela, em ação movida para a concessão de auxílio-doença.

Alega a parte agravante, em suma, estarem preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, e que estão presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro as condições necessárias à concessão da medida antecipatória.

O agravante é portador de doenças na coluna lombar e lesão no ombro, conforme atestados e exames médicos colacionados (fls. 20/56). Entretanto, verifico que os documentos são todos antigos, emitidos entre 2005 e 2009, e não há qualquer informação sobre o atual estado de saúde do segurado, que pode ter sofrido alterações, em virtude do tratamento a que esteve submetido nesse período.

Ausente nos autos a prova inequívoca da incapacidade para o trabalho, não constato, ao menos neste juízo de cognição breve, a verossimilhança do direito invocado. Ressalvada, no entanto, a possibilidade de concessão do benefício mediante juntada de documentos médicos recentes e conclusivos sobre a inaptidão do segurado, ou ainda, após a apresentação do laudo pericial comprovando o alegado.

Nesse sentido, trago à colação julgado desta Corte. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUXÍLIO-DOENÇA - TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. I - Prevê o art. 273, caput do CPC que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. II - Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pela agravante, não faz jus, por ora, à concessão de tutela antecipada. III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª R., 10ª T., AG 2007.03.00.087975-0, Rel. Des. Sérgio Nascimento, DJU DATA:06/02/2008 PÁGINA: 712)

Destarte, em razão do precedente esposado, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00057 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034300-17.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034300-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

AGRAVANTE : MARIA DE JESUS
ADVOGADO : MARCELA JACON DA SILVA CAVINATTI
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE DRACENA SP
No. ORIG. : 10.00.00050-9 1 Vr DRACENA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA DE JESUS em face de decisão que, em ação de concessão de benefício previdenciário, suspendeu o feito por 60 dias, a fim de que a parte autora comprove o requerimento e eventual decisão por parte do órgão previdenciário.

Decido.

É condição de admissibilidade do recurso a tempestividade da interposição.

De outra parte, nos termos do art. 524, *caput*, do Código de Processo Civil, o agravo de instrumento deve ser dirigido diretamente ao tribunal competente para o seu exame.

Tratando-se de matéria de competência da Justiça Federal na 3ª Região, o agravo de instrumento, dirigido ao Tribunal Regional Federal, pode ser protocolado na própria Corte ou numa das Subseções Judiciárias, por meio do sistema de protocolo integrado, ou, ainda, postado nos correios, sob registro e com aviso de recebimento, dentro do prazo recursal. A Justiça do Estado de São Paulo não está incluída no sistema de protocolo integrado da Justiça Federal da 3ª Região, que abrange apenas as Subseções da Justiça Federal de primeira instância localizadas no interior dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, consoante se constata dos atos normativos que disciplinam o funcionamento desse sistema (Provimento nº 106/1994, item I, e Provimento nº 148/1998, art. 2º, § 2º).

Assim, se protocolado o agravo na Justiça Estadual, tal circunstância não suspende nem interrompe o prazo recursal, cuja aferição deve ser feita com base na data de entrada da petição no protocolo desta Corte Regional.

In casu, verifica-se que a recorrente protocolou a petição do agravo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que posteriormente a remeteu a este Tribunal Regional Federal.

Por conseguinte, tendo em vista que a agravante foi intimada da decisão recorrida em 10.09.2010 (fls. 26), e o agravo de instrumento foi protocolado nesta Corte somente em 04.11.2010 (fls. 02), manifesta a sua intempestividade.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente recurso, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c art. 33, XIII, do Regimento Interno deste Tribunal.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00058 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034301-02.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034301-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
AGRAVANTE : JOSENILTON ALVES MIRANDA
ADVOGADO : JAIME LOPES DO NASCIMENTO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE RANCHARIA SP
No. ORIG. : 10.00.00167-3 1 Vr RANCHARIA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que indeferiu a antecipação da tutela para o benefício de auxílio-doença.

O recurso de agravo de instrumento é meio processual adequado para impugnar decisão que resolve questão incidente, podendo o relator negar-lhe seguimento, em decisão monocrática, quando for manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, nos termos do *caput* do artigo 557 do CPC.

No presente caso, verifica-se a intempestividade do recurso, como passo a esclarecer.

A decisão monocrática em face da qual se insurgiu a agravante foi exarada em 22/09/2010, sendo que a parte recorrente foi intimada em 15/10/2010 - certidão de intimação na fl. 32 - e o agravo somente foi interposto em 04/11/2010; decorrido, portanto, o prazo legal para a parte agravante impugnar a decisão de primeiro grau, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 4º da Lei nº 11.419, de 19/12/2006.

Em que pese o presente recurso ter sido protocolado na Comarca de origem em 25/10/2010, a aferição de sua tempestividade deve ser feita com base na data em que foi apresentado no protocolo desta Corte Regional, posto que não existe protocolo integrado entre a Justiça Estadual de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Caberia à parte optar por protocolar o presente recurso em uma das Subseções Judiciárias da Justiça Federal, ou utilizar fac-símile, nos termos da Lei nº 9.800 de 26/05/1999, ou ainda, efetuar postagem nos correios, sob registro e com aviso de recebimento, no prazo do recurso, o que não foi feito, razão pela qual o agravo encontra-se intempestivo.

Neste sentido, segue a jurisprudência:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTENCIA DE PROTOCOLO INTEGRADO. RECEBIMENTO DO RECURSO NO TRIBUNAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, POR INTEMPESTIVIDADE, MANTIDA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- Inaplicabilidade, no caso, da Súmula 256 do Superior Tribunal de Justiça, pois a decisão agravada não se funda na impossibilidade em se admitir recursos apresentados no sistema de "protocolo integrado", mas na inexistência de "protocolo integrado" entre a Justiça Estadual Paulista e este Tribunal Regional Federal.

- À parte abre-se a faculdade da utilização dos protocolos das Subseções da Justiça Federal, localizadas no interior do Estado, que poderão receber petições dirigidas a esta C. Corte.

- Não se utilizando desta faculdade, nem de outro meio legalmente permitido, como a postagem no correio e o fac-símile, o exame da tempestividade do recurso far-se-á pela data em que é apresentada a petição recursal no protocolo desta E. Corte.

- Interposto agravo de instrumento em protocolo não integrado e sendo recebido por este E. Tribunal após o prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação da decisão agravada, é de ser reconhecida a sua intempestividade.

- Agravo legal improvido." (destaque nosso)

(TRF 3ª REGIÃO, AI 336228/SP, 7ª T., v. u., Rel. Des. Fed. Eva Regina, D: 08/09/2008, DJF3: 05/11/2008)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES. INTEMPESTIVIDADE. PROTOCOLO INTEGRADO. PRAZO RECURSAL EM DOBRO. PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. DESCABIMENTO. DEFENSORIA PÚBLICA. ARTIGO 5º DA LEI Nº 1060/50. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

II - O artigo 522 do Código de Processo Civil estabelece ser de 10 (dez) dias o prazo para a interposição do agravo de instrumento, que poderá ser protocolado diretamente no tribunal, por meio do sistema de protocolo integrado em uma das subseções judiciárias ou postado nos correios, sob registro e com aviso de recebimento, no prazo do recurso.

III - O protocolo do recurso no Fórum da Comarca de Aguaí não tem efeito de interrupção da contagem do prazo recursal, em razão de não se tratar de protocolo integrado que permita o recebimento de petições endereçadas a este Tribunal, existente este tão somente entre as subseções da Justiça Federal de primeira instância localizadas no interior do estado de São Paulo, assim como na Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, consoante disciplina do Item I do Provimento 106, de 24 de novembro de 1994, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região

(...)

VI - Agravo regimental improvido." (destaque nosso)

(TRF 3ª REGIÃO, AI 204150/SP, 9ª T., v. u., Rel. Des. Fed. Marisa Santos, D: 02/05/2005, DJU: 23/06/2005, pág. 501)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. Não há protocolo integrado entre esta Corte e o Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo que se deve aferir a tempestividade do recurso pela data de sua entrada na Corte Federal.

(...)

3. Agravo inominado a que se nega provimento." (destaque nosso)

(TRF 3ª REGIÃO, AI 163761/SP, 10ª T., v. u., Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, D: 15/02/2005, DJU: 14/03/2005, pág. 523)

Sendo assim, com base no disposto no *caput* do artigo 557 do CPC, **nego seguimento ao presente recurso.**

Comunique-se o MM. Juízo *a quo*.

Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à Vara de origem do feito principal.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00059 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034568-71.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034568-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

AGRAVANTE : MARLI NEIVA MINUSSI ABILIO

ADVOGADO : SERGIO SARRAF

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE MOCOCA SP

No. ORIG. : 10.00.00100-6 1 Vr MOCOCA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marli Neiva Minussi Abilio face à decisão proferida nos autos de ação de concessão do benefício de auxílio-reclusão, em que a d. Juíza *a quo* indeferiu o pedido de tutela antecipada.

Sustenta a agravante, em síntese, que estão presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil para a concessão do provimento antecipado.

É o breve relatório. Decido.

O presente recurso é manifestamente inadmissível.

Com efeito, dispõe o art. 109, inc. I, da Constituição da República:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"

De outra parte, os §§ 3º e 4º, do aludido dispositivo legal assim prevêm:

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau. (grifei)

Já o artigo 524 do Código de Processo Civil preceitua que "*o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente (...)*", constituindo tal um requisito de admissibilidade.

No caso em tela, o presente agravo foi interposto perante o Tribunal de Justiça de São Paulo que, constatando o caráter eminentemente previdenciário da ação, reconheceu sua incompetência para a apreciação do feito e remeteu os autos a esta Corte.

A jurisprudência vem adotando o entendimento de que o fato de o recurso ser protocolado equivocadamente perante Tribunal incompetente não suspende nem interrompe o prazo recursal, por consistir em erro grosseiro.

Confira-se o seguinte julgado:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1 - A interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo constitui erro grosseiro e, por consequência, não tem o condão de suspender nem interromper o prazo recursal, afigurando-se extemporânea a apresentação do recurso perante esta Corte, não merecendo qualquer reparo a decisão que negou seguimento ao recurso.

2 - Agravo legal improvido."

(TRF-3ª R.; AG 2006.03.00.060183-4/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar; Julg. 29.01.2008; DJU 06.03.2008 - p. 409).

Nesse mesmo sentido, os julgados emanados do E. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL NO DOMICÍLIO DO EXECUTADO. JURISDIÇÃO DELEGADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente.

2. Recurso Especial não provido."

(REsp 1024598/RS; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 04.03.2008; DJE 19.12.2008).

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ART. 545, CPC. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO INTERNO. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

I - Não se exime da intempestividade a circunstância de o recurso ter sido, no prazo, protocolado erroneamente em tribunal incompetente.

II - É direito da parte vencedora, para sua segurança, ter certeza de que, no prazo legal, perante o órgão judiciário competente, foi ou não impugnada a decisão.

III - Não logrando a parte agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus fundamentos."

(AgRg no Ag 327262/MG; 4ª Turma; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julg. 17.04.2001; DJ 24.09.2001 - p. 316)

Sendo assim, considerando os precedentes acima invocados e tendo em vista que a agravante foi intimada da decisão agravada em 16 de agosto de 2010 (fl. 60, vº) e o presente recurso foi protocolado nesta Corte em 08.11.2010 (fl. 02), há que se reconhecer a intempestividade do agravo.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **não conheço do agravo de instrumento da parte autora.**

Comunique-se ao Juízo *a quo* o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00060 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034579-03.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034579-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

AGRAVANTE : ANA LUCIA COLOMBARI

ADVOGADO : GILSON BENEDITO RAIMUNDO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ TINOCO CABRAL
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DA 2 VARA DE SAO JOAQUIM DA BARRA SP
No. ORIG. : 04.00.00024-0 2 Vr SAO JOAQUIM DA BARRA/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ana Lucia Colombari face à decisão proferida nos autos da ação de execução, em que o d. Juiz *a quo* indeferiu o requerimento da agravante, no sentido de alterar o alvará de levantamento dos honorários advocatícios para que dele conste o nome de "Raimundo Sociedade de Advogados".

Alega a agravante, em síntese, que a decisão agravada não observou o substabelecimento sem reserva de poderes em favor de "Raimundo Sociedade de Advogados", negando vigência aos artigos 23 e 26 da Lei nº 8.906/94.

É o breve relatório. Decido.

O presente recurso é manifestamente inadmissível.

Com efeito, dispõe o art. 109, inc. I, da Constituição da República:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"

De outra parte, os §§ 3º e 4º, do aludido dispositivo legal assim prevêm:

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau. (grifei)

Já o art. 524 do Código de Processo Civil preceitua que "*o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente (...)*", constituindo tal um requisito de admissibilidade.

No caso em tela, o presente agravo foi interposto perante o Tribunal de Justiça de São Paulo que, constatando o caráter eminentemente previdenciário da ação, reconheceu sua incompetência para a apreciação do feito e remeteu os autos a esta Corte.

A jurisprudência vem adotando o entendimento de que o fato de o recurso ser protocolado equivocadamente perante Tribunal incompetente não suspende nem interrompe o prazo recursal, por consistir em erro grosseiro.

Confira-se o seguinte julgado:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1 - A interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo constitui erro grosseiro e, por conseqüência, não tem o condão de suspender nem interromper o prazo recursal, afigurando-se extemporânea a apresentação do recurso perante esta Corte, não merecendo qualquer reparo a decisão que negou seguimento ao recurso.

2 - Agravo legal improvido."

(TRF-3ª R.; AG 2006.03.00.060183-4/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar; Julg. 29.01.2008; DJU 06.03.2008 - p. 409).

Nesse mesmo sentido, os julgados emanados do E. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL NO DOMICÍLIO DO EXECUTADO. JURISDIÇÃO DELEGADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente.

2. Recurso Especial não provido."

(REsp 1024598/RS; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 04.03.2008; DJE 19.12.2008).

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ART. 545, CPC. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO INTERNO. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

I - Não se exige da intempestividade a circunstância de o recurso ter sido, no prazo, protocolado erroneamente em tribunal incompetente.

II - É direito da parte vencedora, para sua segurança, ter certeza de que, no prazo legal, perante o órgão judiciário competente, foi ou não impugnada a decisão.

III - Não logrando a parte agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus fundamentos."

(AgRg no Ag 327262/MG; 4ª Turma; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julg. 17.04.2001; DJ 24.09.2001 - p. 316)

Sendo assim, considerando os precedentes acima invocados e tendo em vista que a agravante foi intimada da decisão agravada em 20.04.2010 (fl. 57) e o presente recurso foi protocolado nesta Corte em 08.11.2010 (fl. 02), há que se reconhecer a intempestividade do agravo.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **não conheço do agravo de instrumento da parte autora.**

Comunique-se ao Juízo *a quo* o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00061 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034662-19.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034662-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE : BRAULIO PEREIRA DE CASTRO incapaz
ADVOGADO : JULIO WERNER e outro
REPRESENTANTE : IRACI PEREIRA DE CASTRO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00077062420094036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BRAULIO PEREIRA DE CASTRO contra decisão que, em ação previdenciária, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS a converter o auxílio-doença do autor em aposentadoria por invalidez, não antecipando a tutela jurisdicional pleiteada, com fundamento de que *"a manutenção do auxílio-doença ativo retira o risco de dano irreparável ou de difícil reparação que exija uma tutela jurisdicional imediata"*.

Opostos embargos de declaração pelo autor, o Juízo *a quo* negou provimento mantendo integralmente a sentença embargada.

Sustenta o agravante, em síntese, o deferimento da tutela antecipada para ser implantado o benefício de aposentadoria por invalidez, pois restou comprovada a sua incapacidade total e permanente para qualquer atividade laboral e para os atos da vida insusceptível de reabilitação, conforme constatado no laudo pericial. Aduz manobra dolosa do INSS para pagar benefício de menor valor ao de fato devido.

Requer a concessão do efeito suspensivo ativo, e ao final, o provimento do presente agravo para deferir os efeitos da tutela antecipada a fim de que seja implantado o benefício de aposentadoria por invalidez com DIB 10.09.2009.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o recurso cabível na hipótese de sentença que julga pedido de antecipação de tutela é o de apelação, bem como ser inaplicável o princípio da fungibilidade recursal, por se tratar de erro grosseiro ante a existência de previsão legal, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STJ. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DEFERIDO NA SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, PARA, DESDE LOGO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que deixou de admitir recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ação declaratória com pedido de tutela antecipada, não conheceu de agravo de instrumento interposto contra sentença, ao fundamento de que "o agravo de instrumento é cabível apenas de decisões interlocutórias (...).

Trata-se, pois, de erro grosseiro, sendo impossível a aplicação do princípio da fungibilidade" (fl. 139). No recurso especial (fls. 148-154), o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) artigo 552 do CPC, pois da decisão que concede ou não a tutela antecipada cabe agravo de instrumento, ainda que seja concedida conjuntamente com a sentença de mérito; (b) artigo 460 do CPC, ao argumento de que a decisão prolatada na sentença não poderia conter a antecipação da tutela.

2. Não houve emissão, pelo acórdão recorrido, de juízo acerca do artigo 460 do CPC, razão pela qual, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

3. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que cabe apelação (e não agravo) da decisão que, ao dar a sentença, aprecia o pedido de antecipação da tutela. Nesse sentido: AgRg no Ag 723547/DF, 3ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.12.2007; AgRg no REsp 456633/MG, 6ª Turma, Min. Paulo Medina, DJ de 01.08.2006; REsp 326117/AL, 5ª Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 26.06.2006; AgRg no REsp 553273/BA, 6ª Turma, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06.03.2006; AgRg no Ag 517887/SP, 6ª Turma, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 21.11.2005; REsp 600209/RJ, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 19.09.2005; AgRg no REsp 600815/MS, 6ª Turma, Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 05.09.2005; REsp 663921/CE, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 11.04.2005; REsp 645921/MG, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 14.02.2005; REsp 511315/PI, 5ª Turma, Min. Gilson Dipp, DJ de 29.09.2003.

4. Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento, para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial." (Ag 1049552/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 26/09/2008)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NA SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a confirmação de decisão monocrática de relator pelo órgão colegiado sana eventual violação ao art. 557 do CPC. Hipótese em que a negativa de seguimento do agravo de instrumento passa a subsistir por decisão colegiada, não monocrática.

2. Em obediência ao princípio da unirrecorribilidade, a sentença, mesmo no que tange à antecipação, em seu corpo, dos efeitos da tutela, só pode ser atacada por apelação, nos termos do art. 513 do CPC. Com efeito, a cada ato decisório recorrível corresponde um único recurso cabível.

3. Recurso especial conhecido e improvido."

(REsp 326117/AL, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 06/06/2006, DJ 26/06/2006)

No mesmo sentido, julgados desta E. Corte, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557, CAPUT DO CPC C.C. ART. 33, XIII DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇAS FACULTATIVAS IMPRESCINDÍVEIS AO DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA NA SENTENÇA. RECURSO CABÍVEL - APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA.

- Inicialmente, cumpre consignar que o caso dos autos não é de retratação.

- Decisão monocrática que está escorada em jurisprudência do C. STJ, bem como em jurisprudência dominante desta E. Corte, sendo perfeitamente cabível na espécie.

(...)

- Ademais, a via recursal eleita se afigura inadequada, vez que o indeferimento da tutela antecipada se deu em embargos de declaração, interpostos contra sentença, e, portanto, o recurso cabível é o de apelação. Precedentes do STJ.

- Efetuada pesquisa CNIS em nome da agravante, constatou-se que ela recebe mensalmente pensão por morte em virtude de falecimento de filho, estando protegida pela cobertura previdenciária, não se havendo falar em concessão de tutela antecipada do benefício sub judice, ante a explícita ausência do periculum in mora.

- Agravo Regimental não provido."

(AG 2009.03.00.022932-6, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, Oitava Turma, j. 30/08/2010, DJ 15/09/2010)

"AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART.557. DESPROVIMENTO.

I- A decisão que indefere a antecipação da tutela específica é capítulo expresso da sentença, mesmo quando proferida nos embargos de declaração, de sorte que o recurso de apelação é o adequado para impugná-lo.

II- agravo regimental desprovido".

(AG 2004.03.00.004076-1/SP, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, 10ª Turma, j. 30/03/2004 DJU 28/05/2004)

"PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º CPC - TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA EM SENTENÇA POR MEIO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO INADEQUADO - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional indeferida na sentença de mérito por meio de embargos declaratórios só é passível de impugnação via recurso de apelação.

2. O entendimento jurisprudencial desta E. 5ª Turma é no sentido de que o agravo de instrumento não é o recurso adequado para impugnar sentença.

(...)

4. Agravo improvido".

(AG 2002.03.00.045969-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, 5ª Turma, j. 25.03.2003, DJU 20.05.2003)

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao presente agravo de instrumento.

Comunique-se. Intime-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00062 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034920-29.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034920-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MAIRA S G SPINOLA DE CASTRO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

AGRAVADO : OSVALDO LUIZ DA COSTA

ADVOGADO : JAMES APARECIDO DORTA DE TOLEDO

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE TAMBAU SP

No. ORIG. : 09.00.00082-9 1 Vr TAMBAU/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de decisão que, nos autos da ação de concessão de aposentadoria por invalidez, indeferiu o pedido de nova perícia por não ter sido o INSS intimado pessoalmente, pois não demonstrou o prejuízo suportado, providência indispensável à luz do art. 249, § 1º, do CPC.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão agravada ofendeu o art. 17 da Lei nº 10.910/2004 e art. 431-A do CPC, o qual confere a prerrogativa da intimação pessoal aos procuradores federais na defesa da autarquia previdenciária. Aduz ser necessária a intimação pessoal da data e realização da perícia, sob pena de inviabilizar o acompanhamento da produção da prova pelo assistente técnico.

Requer a concessão do efeito suspensivo, e ao final, o provimento do presente agravo a fim de que seja declarada a nulidade da perícia realizada e designada nova data para realização do exame médico pericial, com prévia intimação pessoal da autarquia.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Consoante entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, os membros da carreira da Advocacia Geral da União, incluídos os procuradores federais, por força da Lei nº 10.910/2004, possuem a prerrogativa de intimação pessoal, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INSS. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. LEI 10.910/04. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Embora tenha o julgado deixado de fazer menção à Lei 10.910/04, não há que se falar em omissão, já que a questão jurídica de que trata o citado dispositivo foi devidamente analisada, tendo o Magistrado a quo emitido juízo de valor acerca do assunto ao adotar a tese de que os procuradores autárquicos não gozam do privilégio da intimação pessoal.

2. O art. 17 da Lei 10.910/04 ampliou o rol de beneficiários da intimação pessoal, inicialmente previsto para a Advocacia Geral da União pela Lei 9.028/95 (com as alterações da MP 1.798/99), para incluir os Procuradores Federais e do Banco Central.

Recurso Especial parcialmente provido".

(REsp 955556 / RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, julgado em 23/8/2007, DJU de 10/9/2007).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INCRA. INTIMAÇÃO PESSOAL. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE DESISTÊNCIA. RETRATAÇÃO. ERRO MATERIAL.

1. A carreira de procurador federal integra quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal e vincula-se diretamente à Advocacia-Geral da União-AGU. Essa vinculação possibilita seja aplicado o art. 6º da Lei nº 9.028/95, que trata da necessidade de intimação pessoal dos membros da AGU, aos procuradores autárquicos, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 10.910 de 15.07.04.

2. Todavia, somente é admissível a declaração de nulidade de decisão homologatória de desistência do recurso se restar comprovado erro material.

3. *Recurso especial improvido".*

(REsp 818.552/ES, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1/6/2006, DJU de 28/6/2006).

No mesmo sentido: AG 1035294, Rel. Min. Jorge Mussi, d. 30.04.2008, DJ 14.05.2008; REsp 1025747, Rel. Min. Jorge Mussi, d. 31.03.2008, DJ 09.04.2008; REsp 967168, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, d. 05.03.2008, DJ 01.04.2008; AG 1007833, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, d. 28.02.2008, DJ 11.03.2008; AG 956108, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, d. 04.12.2007, DJ 13.12.2007.

Nesse sentido, a propósito, o julgado a seguir, exarado por esta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - EMBARGOS - INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL - ART. 17 DA LEI 10910/2004 - PRELIMINAR ACOLHIDA - RECURSO PROVIDO - PROCESSO ANULADO A PARTIR DE FL. 19.

1. Nas causas em que atue procurador federal, em razão das atribuições de seu cargo, deve ele ser intimado pessoalmente, nos termos do art. 17 da Lei 10910, de 15/07/2004.

2. Considerando que o INSS, a partir da decisão de fl. 19, proferida em 26/05/2005, portanto, na vigência da Lei nº 10910/2004, não foi intimado pessoalmente, nulo é o processo a partir de então, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem para que se proceda a intimação pessoal do INSS.

3. *Recurso provido."*

(AC 2007.03.99.023440-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, 5ª T., j. 01/10/2007, DJ 30/01/2008)

Na espécie, considerando que o procurador federal possui prerrogativa de intimação pessoal, há que se reconhecer a nulidade da perícia produzida, sendo de rigor sua intimação acerca da redesignação da data e local da nova prova pericial a ser realizada, a fim de se garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **dou provimento** ao presente recurso, a fim de determinar a realização de nova perícia judicial, intimando-se pessoalmente o procurador do INSS da data, local e horário de sua realização.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00063 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034973-10.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034973-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

AGRAVANTE : ACELINO KOPPE e outros. e outros

ADVOGADO : FLAVIO ROSSI MACHADO

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ALMEIDA DE TOLEDO PIZA E ALMEIDA JAYME

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 91.00.00080-6 3 Vr RIO CLARO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão em que restou afastado o alegado erro na conta de liquidação, em ação de revisão de benefício previdenciário.

Sustenta a parte agravante, em suma, que o objeto do recurso é o mesmo do Agravo de Instrumento nº 0019571-83.2010.4.03.0000/SP, trazendo cópia da conta de liquidação a título de esclarecimento. Reitera que os cálculos foram elaborados em janeiro/1999, mas não foram atualizados nem tiveram incidência de juros até fevereiro/2005, vez que esta data foi considerada, por equívoco, como a da conta de liquidação. Requer, assim, a expedição de ofício requisitório complementar, no valor que entende devido.

É o relatório. Decido.

Não reúne condições de ser conhecido o presente agravo, por força do princípio da unirrecorribilidade das decisões. Com efeito, da interposição sucessiva de recursos em face do mesmo *decisum* decorre a preclusão consumativa, obstando a análise deste segundo agravo.

Nesse sentido, colaciono:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INTERPOSIÇÃO SUCESSIVA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS. I. No sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unirrecorribilidade. Desta forma, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último (AgRg na SLS 799/SP, Corte Especial, Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 7/8/2008). II. - Embargos Declaratórios não conhecidos. (STJ, 3ª Turma, EARESP 200901196102, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22/06/2010, DJ 01/07/2010)

Ademais, o recurso foi interposto a destempo.

Consta dos autos que o agravante teve ciência da decisão ora atacada em 18/06/2010 (fl. 220). Entretanto, interpôs o presente agravo apenas no dia 10/11/2010 (fl. 02), ou seja, após ultrapassado em muito o prazo legal de dez dias.

Destarte, em razão da manifesta impossibilidade de ser conhecido, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00064 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035040-72.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035040-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

AGRAVANTE : APARECIDA BARBOSA DE SOUZA

ADVOGADO : FERNANDO APARECIDO BALDAN

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE TABAPUA SP

No. ORIG. : 10.00.00109-5 1 Vr TABAPUA/SP

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação ordinária, declinou da competência para o Juizado Especial de Catanduva/SP.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que não havendo juizado especial federal no foro de seu domicílio, faculta-lhe promover a ação na justiça estadual, perante a Vara Distrital de Tabapuã/SP.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro a plausibilidade das alegações.

O artigo 109, parágrafo 3º, da Constituição da República estabelece:

Aos juízes federais compete processar e julgar:

§3.Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal e se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

O referido dispositivo delegou competência federal à Justiça Estadual, nas hipóteses em que o segurado residir em comarca em que não haja vara federal, o que permite inferir que, como regra geral, cabe ao segurado ajuizar a ação previdenciária perante uma vara federal, ou, opcionalmente, perante uma vara estadual de seu domicílio.

Ocorre que o domicílio do autor é em Tabapuã, comarca de Catanduva/SP, que é sede de juizado especial federal, de forma que não se aplica ao caso a regra insculpida no Art. 109, § 3º, da Constituição da República, consoante entendimento pacificado no E. STJ:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E FEDERAL. VARA DISTRITAL VINCULADA À COMARCA, SEDE DE VARA FEDERAL. COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA (ART. 109, § 3º, DA CF/88). INEXISTÊNCIA. SÚMULA 3/STJ. INAPLICABILIDADE. Inexiste a delegação de competência federal prevista no 109, § 3º, da CF/88, quando a comarca a que se vincula a vara distrital sediar juízo federal. Inaplicabilidade, na espécie, da Súmula nº 3/STJ (Precedentes da 1ª e 3ª Seções desta e. Corte Superior). Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara de Piracicaba - SJ/SP. (STJ, 3ª Seção, CC 200800844850, Rel. Min. Felix Fischer, j. 10/09/2008, DJ 01/10/2008)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE APOSENTADORIA POR IDADE. VARA DISTRITAL. COMARCA SEDE DE VARA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 3/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Não se confundem Vara Distrital e Comarca: a primeira encontra-se vinculada à área territorial da segunda e existindo Vara Federal na comarca onde se situa o Foro Distrital, não estamos diante da delegação de competência do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, não se aplicando o enunciado da Súmula 3 desta Corte de Justiça. Precedentes. Conflito conhecido declarando-se a competência do Juízo Federal. (STJ, 3ª Seção, CC 200400516786, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 26/10/2005, DJ 20/02/2006)

Assim, a ação deve ser ajuizada no JEF de Catanduva, vez que a causa não supera sessenta salários mínimos (fl. 13), nos termos do Art. 3º, §3º da Lei nº 10.259/01:

*Art.3º. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.
§ 3º. No foro onde estiver instalada a sua competência é absoluta.*

Destarte, em razão dos precedentes esposados e dos fundamentos supra, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00065 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000884-34.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.000884-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : ANA MARIA DE JESUS NASCIMENTO (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : ADALBERTO GUERRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VANESSA OITICICA DE PAIVA SOUTO MAIOR
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00051-4 1 Vr ADAMANTINA/SP
DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 22-04-2009 em face do INSS, citado em 22-05-2009, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o implemento do requisito etário.

A r. sentença proferida em 28-09-2009 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.)

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 23-07-1946, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 05-10-1966, com Osmar Nascimento, qualificado como lavrador (fl. 13).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que o documento apresentado, em que consta a profissão de seu marido como lavrador, não pode ser extensível à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano com registros em CTPS a partir de 1977, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 37/41, sendo que a autora não juntou nenhum documento posterior em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Outrossim, ainda de acordo com as informações constantes no CNIS, o cônjuge da parte autora faleceu em 23-04-1990. Nota-se que a requerente implementou o requisito idade somente em 23-07-2001 e, tendo ficado viúva no ano de 1990, fica o documento apresentado sem um condão de amparar a pretensão da demandante pelo período de carência exigido pela legislação previdenciária, não havendo qualquer outro documento em nome da autora que comprove a sua permanência nas lides rurais, após a ocorrência do óbito. Ademais, a autora passou a receber o benefício de pensão por morte, constando como ramo de atividade de seu marido "comerciante", o que demonstra que o mesmo de fato não laborou exclusivamente no meio rural (fl. 37).

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00066 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001453-35.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.001453-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : ILDA SARAIVA DE SOUZA

ADVOGADO : NEUZA DAS GRACAS SOARES DA SILVA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUCAS GASPAR MUNHOZ

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00143-4 1 Vr NOVA GRANADA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 10-09-2008 em face do INSS, citado em 23-09-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 07-08-2009 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 20-02-1936, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 19-07-1971, com Mariano Francisco de Souza, qualificado como lavrador (fl. 08), bem como comprovantes de pagamento de ITR, em nome de seu genitor, Sr. Francisco Pires dos Santos, referentes aos exercícios de 1991 a 1995 (fls. 10/13).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato...**"*

(in *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que o documento apresentado, em que consta a profissão de seu marido como lavrador, não pode ser extensível à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano com registros em CTPS a partir de 1976, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 28/34, sendo que a autora não juntou nenhum documento posterior em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Outrossim, ainda de acordo com as informações constantes no CNIS, o cônjuge da parte autora faleceu em 03-05-1998. Nota-se que a requerente implementou o requisito idade somente em 25-06-2007 e, tendo ficado viúva no ano de 1998, fica o documento apresentado sem um condão de amparar a pretensão da demandante pelo período de carência exigido pela legislação previdenciária, não havendo qualquer outro documento em nome da autora que comprove a sua permanência nas lides rurais, após a ocorrência do óbito. Ademais, a autora passou a receber o benefício de pensão por morte, constando como ramo de atividade de seu marido "comerciário" (NB 1099829779), o que demonstra que o mesmo de fato não laborou exclusivamente no meio rural (fl. 28).

Por fim, os comprovantes de pagamento de ITR, em nome do genitor da requerente, Sr. Francisco Pires dos Santos, referentes aos exercícios de 1991 a 1995 (fls. 10/13), também não podem ser aceitos como início de prova material, uma vez que demonstram apenas que o pai da requerente era proprietário de um imóvel rural em período no qual a autora já estava casada, sendo que de acordo com as informações constantes na exordial, a demandante, após o seu casamento, deixou de residir no referido local.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rúrcola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada." (TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00067 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001696-76.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.001696-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : MARIA ESTER RICO DA SILVA

ADVOGADO : PATRICIA DE FREITAS BARBOSA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : PAULO TIMPONI TORRENT

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00133-0 1 Vr GUAIRA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 30-07-2008 em face do INSS, citado em 22-08-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 17-06-2009 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 13-02-1949, que laborou preponderantemente nos meios rurais, na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 10-05-1965, com Antonio Maringolo da Silva (fl. 07) e o certificado de alistamento militar, expedido em

1964 (fl. 08), constando em ambos os documentos a qualificação do cônjuge da autora como lavrador, bem como CTPS própria (fls. 09/11).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Aníbal Fernandes, *in verbis*:

*"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como "início de prova". O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que os documentos apresentados, em que constam a profissão de seu marido como lavrador, não podem ser extensíveis à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano com registros em CTPS a partir de 1975, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 26/33, passando, inclusive, a receber os benefícios de auxílio-doença (NB 1112699055) e aposentadoria por invalidez (NB 1181214367), ambos na condição de comerciante, o que demonstra que o mesmo não laborou exclusivamente no meio rural.

Outrossim, no único documento apresentado em nome da requerente, qual seja, sua CTPS, constam registros nos cargos de costureira e copeira (fls. 10/11), não havendo, assim, a comprovação do efetivo labor nas lides rurais durante o lapso temporal exigido, nos termos da legislação previdenciária, o que inviabiliza a concessão do benefício de aposentadoria por idade devida aos trabalhadores rurais.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula nº 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rúrcola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doughta decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL
Desembargador Federal Relator

00068 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002310-81.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.002310-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : HORLANDA RIBEIRO DOS SANTOS
ADVOGADO : HUGO ANDRADE COSSI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00121-0 1 Vr VARGEM GRANDE DO SUL/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 18-06-2009 em face do INSS, pleiteando o benefício de aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei nº 8.213/91.

No processo em epígrafe foi proferido despacho (fl. 40), em que a MM.^a Juíza *a quo* determinou que a parte autora emendasse a inicial para que explicitasse os períodos e as respectivas propriedades em que trabalhou na atividade rural no período de carência exigido pela legislação previdenciária.

A parte autora ficou-se inerte (fl. 41)

A sentença proferida em 19-08-2009, indeferiu a petição inicial, com base no artigo 295, inciso VI, do Código de Processo Civil, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do referido diploma legal, sob a alegação de que a demandante não atendeu ao despacho que determinou a emenda da inicial.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a reforma da r. sentença sustentando que a petição inicial apresenta-se instruída com o documento necessário ao deslinde da lide.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O

A sentença proferida em 19-08-2009, indeferiu a petição inicial, com base no artigo 295, inciso VI, do Código de Processo Civil, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do referido diploma legal, sob a alegação de que a demandante não atendeu ao despacho que determinou a emenda da inicial. Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a reforma da r. sentença sustentando que a petição inicial apresenta-se instruída com o documento necessário ao deslinde da lide.

Passo, então, à análise da questão.

A petição inicial deve obedecer ao disposto no artigo 282 da legislação processual em vigor, ou seja, indicar o juiz ou tribunal a quem a petição é dirigida (inciso I), a qualificação do autor e do réu (inciso II), o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (inciso III), o pedido com suas especificações (inciso IV), o valor da causa (inciso V), as provas as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (inciso VI) e o requerimento da citação do réu (inciso VII).

Havendo ausência de pressupostos legais (exceto nos casos de inépcia evidente que suscitem indeferimento imediato (tem o Juiz a oportunidade de determinar à parte autora que, no prazo de dez dias, regularize a petição inicial. Se o prazo esgotar-se sem as devidas providências, é de rigor o indeferimento.

Com efeito, estabelece o parágrafo único do art. 284 do Código de Processo Civil:

"Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial."

In casu, o compulsar dos autos nos revela que a parte autora foi intimada do despacho que determinou a regularização da petição inicial, todavia, deixou transcorrer o prazo para sua manifestação *in albis* (fl. 41).

Sendo assim, considero esmerada a atitude da MM.^a Juíza *a quo*, pois a requerente não demonstrou uma justificativa plausível para não cumprir o determinado na decisão proferida na fl. 40.

Seja-me permitido, em sede jurisprudencial, transcrever os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE PEDIDO. INÉPCIA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR PELA NARRAÇÃO DOS FATOS.

1. É inepta a petição inicial que não contém pedido e causa de pedir, a teor do parágrafo único do art. 295 do CPC.

2. *Intimado o impetrante, por duas vezes, para corrigir o defeito da petição inicial, nos termos do art. 284 do CPC, sem que tenha regularizado a peça, deve o juiz extinguir o feito sem julgamento do mérito.*

3. *No caso, além da falta do pedido, a narração dos fatos é confusa e não permite identificar sequer a causa petendi.*

4. *Apelação do impetrante não provida".*

(TRF - 1.ª Região, AMS n.º 1999.38.00.016127-5, 7.ª Turma, Relator Des. Fed. Antônio Ezequiel da Silva, j. 03/07/2007, v.u., DJ 20/07/2007, pg 113)

"PROCESSUAL CIVIL - PETIÇÃO INICIAL - INÉPCIA - INADEQUAÇÃO AO ART. 282 DO CPC - DESATENDIMENTO À DETERMINAÇÃO PARA EMENDA - ART. 284, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, CONFORME O ART. 267, I, DO CPC - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO DESPACHO REJEITADA - SENTENÇA CONFIRMADA .

1 - A petição inicial é inepta, pois não especifica os fatos que ensejam o pedido, nem os fundamentos jurídicos deste, não satisfazendo, portanto, as exigências do art. 282 do CPC.

2 - Tendo em vista que o despacho determinador da emenda foi claro e objetivo, não procede a alegação dos apelantes quanto à omissão.

3 - Uma vez verificada a ausência dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, houve a determinação para que os autores emendassem a petição inicial, como não foi cumprida a diligência, correto o indeferimento da inicial e a extinção do feito sem julgamento do mérito, a teor dos artigos 284, parágrafo único c/c o art. 267, I, do CPC.

4 - Sentença confirmada.

5 - Recurso improvido".

(TRF - 1.ª Região, AC n.º 2000.01.99.130825-4, 1.ª Turma, Relator Des. Fed. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, j. 13/03/2006, v.u., DJ 24/04/2006, pg 75)

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00069 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006233-18.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.006233-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : RUTE GOTO

ADVOGADO : ALEXANDRE BULGARI PIAZZA

CODINOME : RUTE GOTO REGINA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00156-7 1 Vr ITATIBA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 05-08-2008 em face do INSS, citado em 29-08-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 05-09-1999 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 4.560,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.)

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 01-12-1948, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 26-09-1970, com José Mauricio Pereira, qualificado como lavrador (fl. 10) e a certidão de óbito de seu genitor, falecido em 26-02-1985, qualificado como agricultor (fl. 11).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênha para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que a qualificação de lavrador do marido não pode ser extensível à esposa, uma vez que a autora separou-se de seu cônjuge em 06-01-1994, conforme a averbação constante na certidão de casamento acostada na fl. 10. Nota-se que a requerente implementou o requisito idade somente em 01-12-2003 e, tendo se separado no ano de 1994, fica o documento apresentado sem um condão de amparar a pretensão da demandante, não havendo qualquer outro documento em nome da autora que comprove a sua permanência nas lides rurais, após a ocorrência da separação. Outrossim, a certidão de óbito do pai da demandante acostada na fl. 11, não pode ser aceita como início de prova material, uma vez que tal documento indica a profissão exercida pelo genitor da autora à época de seu falecimento (26-02-1985), não fazendo qualquer referência ao trabalho exercido pela requerente durante o período pleiteado na inicial. Ademais, a prova testemunhal colhida nos autos mostra-se imprecisa, não servindo à comprovação, assim, do efetivo labor durante o lapso temporal exigido nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica nos depoimentos das fls. 38/39, aqui transcritos:

Admir Marciano: *"conhece a autora há 30 anos, de trabalhar na roça. Desde aquela época a autora era trabalhadora rural. Ela trabalhava pelas fazendas e sítios da região de Morungaba. Seus pais tinham também essa atividade. Seu marido trabalhava em uma pedreira. Após o casamento, a autora continuou trabalhando na lavoura. Sabe que a autora trabalhou por uns vinte anos ou mais na lavoura, para terceiros. A autora tem quatro filhos. No período de gravidez, a autora trabalhava até quando dava. Após o trabalho na lavoura, não sabe se a autora exerceu outra atividade"*.

Tercília do Carmo Lopes Lima: *"conhece a autora desde criança. Desde os sete ou oito anos de idade a autora ia ajudar os pais na lavoura. O trabalho era para a família. Teve contato com a autora até uns doze ou treze anos de idade, não sabendo se a autora prestou serviços para terceiros. Afirma que a autora sempre trabalhou na lavoura. Não sabe se depois de casada, a autora continuou trabalhando. Depois da separação do casal, a autora voltou a trabalhar como faxineira. Conhece três filhos da autora. Não sabe dizer com quantos anos a autora casou. Não sabe se a autora atualmente está trabalhando"*.

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre o documento apresentado como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que a autora sempre foi lavradeira, como afirmado na inicial.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, bem como devido à fragilidade da prova testemunhal, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00070 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006297-28.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.006297-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : ERCILIA MARIA BELMIRO
ADVOGADO : PAULO CEZAR PISSUTTI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANA LUISA VIEIRA DA COSTA CAVALCANTI DA ROCHA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00169-2 1 Vr MONTE ALTO/SP
DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 20-11-2008 em face do INSS, citado em 21-01-2009, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91.

A r. sentença proferida em 23-07-2009 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que (não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.)

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 02-07-1939, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 02-07-1955, com Geraldo Belmiro (fl. 09) e as certidões de nascimento de seus filhos, registrados em 13-06-1977, 14-10-1980 e 29-03-1984 (fls. 10/12), constando em todos os documentos a qualificação de seu marido como lavrador.

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato...**"*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que os documentos apresentados, em que constam a profissão de seu marido como lavrador, não podem ser extensíveis à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se funcionário da Prefeitura Municipal de Monte Alto a partir de 1987, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 19/22, sendo que a autora não juntou nenhum documento posterior em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada

por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4. Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5. Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00071 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006463-60.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.006463-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : EVA DAS GRACAS DEFACIO TEIXEIRA

ADVOGADO : PEDRO ORTIZ JUNIOR

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : EDGARD PAGLIARANI SAMPAIO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00044-9 3 Vr FERNANDOPOLIS/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 03-04-2009 em face do INSS, citado em 17-07-2009, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 11-11-2009 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Deixou de condenar a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios ante a gratuidade processual.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 06-03-1954, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 14-10-1972, com Umberto Teixeira, qualificado como lavrador (fl. 10), a certidão de nascimento de seu filho, registrado em 16-10-1973 (fl. 11) e ficha de identificação em nome da autora, datada de 04-10-1994, constando sua qualificação como lavradora (fl. 12).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que o documento apresentado, em que consta a profissão de seu marido como lavrador (certidão de casamento - fl. 10), não pode ser extensível à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano com diversos registros em CTPS a partir de 1976, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 29/37, o que demonstra que o mesmo não laborou exclusivamente no meio rural.

Outrossim, a certidão de nascimento do filho da autora juntada na fl. 11, não pode ser considerada como início de prova material, uma vez que não faz qualquer menção acerca da profissão exercida pela requerente ou pelo seu marido.

Por fim, a ficha do posto de saúde juntada na fl. 12 também não pode ser considerada como início de prova material, tendo em vista a impossibilidade da verificação de sua autenticidade, em face da ausência do carimbo e assinatura do responsável, sendo que a autora não juntou nenhum outro documento em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rústica, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA

exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada." (TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10ª T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00072 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006530-25.2010.4.03.9999/MS

2010.03.99.006530-6/MS

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : ELZA NEUMANN CROSSKLAGS

ADVOGADO : JOSE ANTONIO SOARES NETO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : IGOR PEREIRA MATOS FIGUEREDO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00404-3 1 Vr MUNDO NOVO/MS

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 12-03-2007 em face do INSS, citado em 01-08-2007, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 30-06-2009 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

D E C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 25-09-1942, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 13-07-1963 (fl. 12), com Willbert Grossklags, falecido em 09-08-1974, conforme se verifica na certidão de óbito acostada na fl. 13, constando em ambos os documentos a qualificação do mesmo como lavrador.

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obriedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que a qualificação de lavrador do marido não pode ser extensível à esposa, uma vez que o cônjuge da parte autora faleceu em 09-08-1974, conforme se verifica na certidão de óbito acostada na fl. 13. Nota-se que a requerente implementou o requisito idade somente em 25-09-1997 e, tendo ficado viúva no ano de 1974, fica o documento apresentado (certidão de casamento - fl. 12) sem um condão de amparar a pretensão da demandante pelo período de carência exigido pela legislação previdenciária, não havendo qualquer outro documento em nome da autora que comprove a sua permanência nas lides rurais, após a ocorrência do óbito.

Ademais, o depoimento da testemunha Henrique Schlickmann colhido nos autos, mostra-se impreciso, não servindo à comprovação do efetivo labor rural da autora durante o lapso temporal exigido nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica no trecho aqui transcrito: "(...) *Que conheceu a autora quando ela já era viúva. Há 15 anos a autora parou de trabalhar. Não sabe informar onde a autora efetivamente trabalhou*" (fls. 81/82).

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre o documento apresentado como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que a autora sempre foi lavradeira, como afirmado na inicial.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, bem como devido à fragilidade da prova testemunhal, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00073 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006574-44.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.006574-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HELENA MARTA SALGUEIRO ROLO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : RITA INACIA DA SILVA - prioridade

ADVOGADO : JOSE ANTONIO DOS SANTOS

No. ORIG. : 09.00.00048-9 2 Vr PIRACAIA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 13-07-2009 em face do INSS, citado em 11-09-2009, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 15-10-2009 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício pleiteado, a partir da citação, sendo os valores em atraso corrigidos monetariamente, com incidência de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença (Súmula 111 do STJ), isentando-o do pagamento de custas processuais.

Inconformada, apela a autarquia, argumentando que o documento em que consta a qualificação do marido da autora como lavrador, não pode ser aceito como início de prova material, uma vez que o mesmo possui diversos vínculos urbanos, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no CNIS anexado aos autos, razão pela qual requer a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora comprovou o exercício da atividade rural, bem como o requisito idade, dando ensejo à concessão da aposentadoria pleiteada.

Insurge-se o INSS contra essa decisão, sustentando em suas razões de recurso que a requerente não preencheu os requisitos exigidos, tendo em vista a ausência de um início razoável de prova material a comprovar a atividade exercida nas lides rurais.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 30-11-1951, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 29-11-1982, com Ivonaldo Estevam da Silva, qualificado como lavrador (fl. 10).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênias para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que o documento apresentado, em que consta a profissão de seu marido como lavrador, não pode ser extensível à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano com diversos registros em CTPS a partir de 1979, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 51/52, sendo que a autora não juntou nenhum documento posterior em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Ademais, a prova testemunhal colhida nos autos confirmou que o cônjuge da demandante, em que pese tenha exercido a atividade de lavrador, em período mais recente passou a trabalhar como pedreiro, o que demonstra que o mesmo de fato não laborou exclusivamente no meio rural.

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre o documento apresentado como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que a autora sempre foi lavradeira, como afirmado na inicial.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, bem como devido à fragilidade da prova testemunhal, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, **dou provimento à apelação do INSS**, para julgar improcedente o pedido. Deixo de condenar a parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00074 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011215-75.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.011215-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : CLARICE ALVES DE SOUZA

ADVOGADO : MARCIA REGINA ARAUJO PAIVA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : TITO LIVIO QUINTELA CANILLE

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 05.00.00079-6 1 Vr OLIMPIA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em autos de ação de rito ordinário em que se busca a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou de auxílio doença.

O MM. Juízo "a quo" julgou improcedente o pedido com na inexistência de incapacidade para o trabalho atestada no laudo pericial, condenando a parte autora do pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa, observando-se os termos do Art. 12, da Lei nº 1.060/50, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a reforma da r. sentença para que se conceda a aposentadoria por invalidez a partir do requerimento administrativo.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

O laudo da perícia judicial, em resposta aos quesitos apresentados, atesta que a litigante é portadora de dor crônica degenerativa da coluna lombo-sacra e cervical; que pode fazer esforço físico; que apenas o esforço físico repetitivo e contínuo da região da coluna lombo-sacra e cervical prejudica o seu estado de saúde; que tem condições de trabalhar em serviço braçal (fls. 298/299).

Os atestados médicos de fls. 172 e 189, datados respectivamente de 14.07.2004 e 29.05.2006 referem-se a períodos em que a autora esteve em gozo do benefício de auxílio doença, como se vê às fls. 206.

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa dos autos nenhum elemento que indique o contrário do afirmado no laudo.

Não tendo sido constatada a existência de incapacidade para o trabalho, a autora não faz jus a qualquer dos benefícios pleiteados.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça, como se vê do acórdão assim ementado:

"PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA.

- Não tem direito ao benefício da aposentadoria por invalidez, o segurado, em relação ao qual, a perícia médica judicial concluiu pela inexistência de incapacidade laborativa.

- O benefício é devido, apenas, ao segurado que for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta subsistência.

- Recurso conhecido e provido.

(REsp 226.094/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 183)"

Desta forma, é de ser mantida a r. sentença, quanto à matéria de fundo.

Contudo, não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Ministro Sepúlveda Pertence).

Posto isto, corrijo de ofício a r. sentença para dela excluir a condenação em honorários advocatícios, e, com base no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação interposta, conforme fundamentado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00075 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012875-07.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.012875-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANA PATRICIA VIEIRA

ADVOGADO : GLEIZER MANZATTI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DIEGO PEREIRA MACHADO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00050-6 2 Vr GUARARAPES/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em autos de ação de rito ordinário em que se busca a concessão do benefício de auxílio doença.

O MM. Juízo "a quo" julgou improcedente o pedido com fundamento na inexistência de incapacidade para o trabalho atestada no laudo pericial, condenando a parte autora do pagamento de honorários advocatícios de R\$350,00, observando-se os termos do Art. 12, da Lei nº 1.060/50, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando, uma vez acolhida a preliminar arguida, o cancelamento da sentença, determinando-se a produção de uma nova prova pericial com especialista na área de ortopedia ou vascular. No mérito, requer a reforma da sentença, concedendo-se o auxílio doença..

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Por primeiro, no que concerne à realização de nova prova pericial, não há que se falar em cerceamento de defesa no curso do processo, tendo sido perfeitamente resguardados os basilares do Art. 5º, da Constituição Federal. Não se evidencia na inspeção médica qualquer elemento que indique inabilidade técnica do experto ou a viciar o ato.

O laudo da perícia judicial conclui que, no momento em que realizado o exame, a litigante, portadora de varizes de membro inferior direito, não apresenta patologia incapacitante (fls. 80/84).

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa dos autos nenhum elemento que indique o contrário do afirmado no laudo.

De outra parte, entendendo o douto Magistrado sentenciante ser suficiente a prova realizada para firmar o seu convencimento, desnecessária a determinação de realização de outra perícia.

Assim já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se vê do acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. PROVA PERICIAL.

1. O recorrente sustenta ter havido a ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a Corte a quo não se manifestou sobre o segundo pleito constante do agravo retido, quando se insurgiu contra o indeferimento da perícia técnica requerida e, também, contra o indeferimento do retorno dos autos ao perito para responder aos quesitos complementares da perícia médica. Malgrado tenha alegado no agravo que a decisão agravada indeferira o requerimento de novos esclarecimentos ao perito, limitou-se a afirmar ser "indispensável a realização de perícia para apuração dos ruídos a que estava exposto" (fl. 106). Inexistência de malferimento ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O princípio da persuasão racional insculpido no artigo 131 do Código de Processo Civil faculta ao magistrado utilizar-se de seu convencimento, à luz dos elementos fáticos e probatórios, jurisprudência, circunstâncias e legislação que entenda aplicável o caso concreto, rechaçando diligências que se mostrem desnecessárias ou protelatórias.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 837.566/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 28/09/2006, p. 243)"

Nesse mesmo sentido a jurisprudência pacífica das Turmas que integram a 3ª Seção da Corte, "verbis":

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO DO ART. 557, § 1º DO CPC INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO ARTIGO 557 - AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - AGRAVO IMPROVIDO.

Descabida a alegação de cerceamento de defesa, visto que cabe ao juiz determinar a realização das provas necessárias à instrução do feito e, tendo sido possível ao juiz formar o seu convencimento, através dos documentos juntados e laudo pericial realizado, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Inexistente nos autos prova da incapacidade total e permanente para o trabalho, improcede o pedido de aposentadoria por invalidez.

A autora não jus ao auxílio-doença, visto que sua patologia não a impede de trabalhar, apenas limita esse trabalho e o laudo não indica sequer um processo de reabilitação, que seria viável no caso de auxílio-doença.

Agravo interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC improvido.

(AL em AC nº 0040518-13.2005.4.03.9999; 7ª Turma; unânime; Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo; in DE 30.08.10);

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Recebo o presente recurso como agravo legal.

II - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

III - Não merece reparos a decisão recorrida, fundamentando-se no fato de não ter comprovado a existência de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, tampouco a existência de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59, da Lei 8.212/91.

IV - Embora a autora relate ser portadora de hipertensão, associada a labirintite, o perito médico judicial conclui haver capacidade laboral.

V - Cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não determinada prova, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, nos termos do art. 130 do CPC.

VI - A prova testemunhal não teria o condão de afastar as conclusões da prova técnica.

VII - Não há dúvida sobre a capacidade do profissional indicado pelo Juízo a quo, que atestou, após exame físico detalhado e análise dos exames subsidiários, não estar a agravante incapacitada para o trabalho.

VIII - Agravo não provido.

(AC nº 0001129-60.2006.4.03.6127; 8ª Turma; unânime; Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante; in DE 27.07.10);

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AGRAVO RETIDO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE.

1- Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, a fim de verificar a existência ou não de incapacidade laborativa foi determinada a realização de prova pericial, que foi efetivada por perito do IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo.

2- Sendo possível ao juiz a quo formar seu convencimento através da perícia realizada, desnecessária a realização de nova perícia, cuja determinação se constitui em faculdade do juiz. Inteligência do art. 437 do Código de Processo Civil.

3- Não é devida a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-doença à parte Autora que, embora tenha comprovado a carência e a qualidade de segurado, não demonstrou a incapacidade para o trabalho.

4- Laudo pericial que afirma a inexistência de incapacidade para o trabalho.

5- Agravo retido desprovido. Preliminar rejeitada. Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.

(AC nº 2001.61.26.002504-0; 9ª Turma; unânime; Relator Desembargador Federal Santos Neves; in DJ 28.06.07) e **PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - ART. 557, § 1º DO CPC - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO-DOENÇA - INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL - NÃO CONFIGURAÇÃO.**

I - Não há que se cogitar sobre eventual cerceamento de defesa, sendo despicienda a realização de nova perícia, já que o laudo médico pericial é suficientemente elucidativo quanto à inexistência de incapacidade laboral do autor, destacado pelo expert que não se evidencia seqüela do referido traumatismo por ele sofrido, não tendo sido apresentado qualquer documento, relatório médico ou exames complementares compatíveis com a referida lesão.

II - Agravo interposto pela parte autora, nos termos do art. 557, § 1º do CPC, improvido.

(AL em AC nº 0037682-28.2009.4.03.9999/SP; 10ª Turma; unânime; Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento; in DE 07.10.10)"

Desta forma, é de ser mantida a r. sentença, quanto à matéria de fundo.

Contudo, não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Ministro Sepúlveda Pertence).

Posto isto, corrijo de ofício a r. sentença para dela excluir a condenação em honorários advocatícios, e, com base no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação interposta, conforme fundamentado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00076 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013907-47.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.013907-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : BENEDITO DINIZ DE SOUZA
ADVOGADO : AUGUSTO HENRIQUE RODRIGUES FILHO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALVARO MICHELUCCI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00038-4 4 Vr SAO VICENTE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez do autor. A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa. Apela o autor alegando, em síntese, que os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença devem ser computados como salário-de-contribuição para efeito de cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 29, § 5º da Lei 8.213/91.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não obstante o Egrégio Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral nesta matéria no RE 583834 RG/SC, verifico que não houve determinação expressa de sobrestamento dos feitos. Por outro lado, o Art. 543-B não obsta o julgamento das apelações, mas apenas a remessa dos recursos extraordinários.

Quanto ao mérito, não assiste razão à parte autora.

Verifico que foi concedido ao autor o benefício de auxílio-doença, NB 087.874.154-2, com DIB em 22.11.1990 e cessado em 30.09.1993 em razão de transformação em aposentadoria por invalidez, NB 068.487.719-8, com DIB no dia seguinte em 01.10.1993.

Observo que a aplicação do art. 29, § 5º da Lei 8.213/91 se dá nas hipóteses em que há períodos de contribuição permeados com o recebimento de auxílio-doença o que, evidentemente, não é o caso dos autos, tendo em vista que a cessação do benefício se deu exatamente pela transformação em aposentadoria por invalidez. Este o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral." Agravo regimental desprovido.

(STJ; AGP 7109; Terceira Seção; Relator Ministro Felix; DJE 24.06.2009);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido.

(STJ; AGRESP 1039572; 6ª Turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJE 30.03.2009);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.

1. O entendimento traçado na decisão monocrática com a qual se baseia o recorrente para sustentar sua tese não se coaduna com o caso em estudo, pois no precedente colacionado pelo agravante, não se tratou sobre a inexistência de salários-de-contribuição.

2. A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, § 5º, da aludida lei.

3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio doença anterior a ela, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1017520/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 29/09/2008)

Na mesma linha os julgamentos desta Colenda Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 36, § 7º, DEC. 3.048/99. CONCESSÃO POR TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 124, I, LEI 8213/91. I - O cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença deve se dar nos termos do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes do STJ. II - A aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 se dará nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição. III - No que tange aos honorários advocatícios, restou consignado que a execução corresponde ao valor das parcelas da aposentadoria concedida judicialmente, descontados os valores de auxílio-doença recebidos na esfera administrativa, por força do disposto no artigo 124, inciso I, da Lei 8.213/91, sendo, portanto, essa a base de cálculo daquela verba. IV - Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela autora, improvido.

(AC 2010.03.99.020683-2, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJF3 27.10.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00077 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013918-76.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.013918-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIA MARGARIDA GILL VILHAR MANDAIO

ADVOGADO : BRUNO BARROS MIRANDA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ELIANA COELHO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.10469-0 1 Vr ARTUR NOGUEIRA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por MARIA MARGARIDA GILL VILHAR MANDAIO em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 16.07.2008) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 61/66, pugnano pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Aduz violação aos princípios da igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e da isonomia. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.
2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)
3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)
4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)
5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.
6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

- I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
- II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea

"a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência .

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00078 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016241-54.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.016241-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : CLAUDETE DIAS CORDEIRO
ADVOGADO : ODENEY KLEFENS
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELCIO DO CARMO DOMINGUES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 04.00.00005-9 1 Vr BOTUCATU/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por Claudete Dias Cordeiro em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de ex-cônjuge do *de cujus*, com óbito ocorrido em 18.12.1988.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido. Por força da sucumbência, arcará a autora com as despesas processuais corrigidas a partir do desembolso e com honorários advocatícios fixados em R\$500,00 (quinhentos reais), nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, observada a isenção legal.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que requereu a designação de audiência de instrução e julgamento para produção de prova oral, a fim de comprovar a sua dependência econômica em relação ao falecido e o juízo *a quo* não analisou o referido requerimento, determinou o encerramento da instrução processual e sentenciou o feito, o que feriu o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. No mérito, sustenta, em síntese, que restou comprovada a qualidade de segurado do falecido, bem como a sua dependência econômica. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, da análise dos autos verifica-se que a parte autora requereu a oitiva de testemunhas em sua inicial, bem como em petição de fls. 48/49 e o juízo *a quo* sentenciou o feito sem a realização da referida prova.

Contudo, observa-se que a prova testemunhal, por si só, já é o suficiente para a comprovação da dependência econômica do ex-cônjuge, conforme os acórdãos desta Corte assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA. QUALIDADE DE SEGURADO DO "DE CUJUS". TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. ISENÇÃO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

I - Ex-cônjuge tem direito à percepção da pensão por morte, desde que comprove a necessidade econômica.

Precedentes do STJ. No caso dos autos, essa dependência econômica restou demonstrada.

II - A dependência econômica, na ausência de outras provas, pode ser comprovada através de prova exclusivamente testemunhal.

III - Qualidade de segurado do falecido incontroversa, em razão de ser titular de benefício previdenciário na data do óbito.

IV - (...).

IX - Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.

(AC nº 2007.03.99.000414-8/SP, Rel. Juiz Convocado David Diniz, 10ª T., j. 15.07.2008, v.u., DJ 20.08.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. EX-CÔNJUGE. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO OPERADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO PRESUMIDA. PROVA TESTEMUNHAL.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio tempus regit actum.

- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado.

- Qualidade de segurado comprovada ante a existência de prova material não impugnada.

- Em se tratando de cônjuges separados de fato, a dependência econômica não é presumida, cabendo à ex-esposa demonstrá-la de modo inequívoco para viabilizar a concessão da pensão por morte.

- A comprovação da dependência econômica pode ser feita através de prova exclusivamente testemunhal, consoante o princípio da livre convicção motivada.

-(...).

- Apelação a que se nega provimento. Remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente provida para reduzir o percentual da verba honorária a 10% sobre as parcelas vencidas até a data da prolação

da sentença.

(AC n2004.03.99.006157-0/SP, Rel. Juíza Convocada Marcia Hoffmann, 8ª T., j. 15.08.2005, v.u., DJU 21.09.2005)

Posto isso, resta evidente que é indispensável a realização da oitiva de testemunhas e, não tendo sido determinada a sua realização com vistas a comprovar a dependência econômica entre a autora e o falecido para a concessão do benefício de pensão por morte, resta caracterizada a infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a todos assegurado como direito fundamental (CF, art. 5º, LV), verificando-se *in casu* a presença de nulidade processual insanável.

Por conseguinte, é de ser decretada a nulidade da r. sentença, devendo os autos serem remetidos ao Juízo *a quo* a fim de que proceda à devida oitiva das testemunhas e tenha o feito regular prosseguimento. Confira-se entendimento do E.

Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. RURAL. VIOLAÇÃO AO ART. 330, I, DO CPC. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que a Turma Julgadora não proferiu nenhum juízo de valor concernente ao art. 245 do CPC, o que implica ausência de prequestionamento, atraindo, assim, a incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. O julgamento antecipado da lide para julgar improcedente o pedido, como pleiteado pelo recorrente, também implicaria cerceamento de defesa, uma vez que o Juiz *a quo* impediu a produção da prova oportunamente requerida pela autora, por meio da qual pretendida comprovar seu direito.

3. Tendo o Tribunal de origem firmado o entendimento no sentido de que seria imprescindível dar oportunidade à autora, ora recorrida, de produção de prova, rever tal posicionamento demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Dissídio jurisprudencial não comprovado, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma.

5. Recurso especial conhecido e improvido.

(Resp nº 449308, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 14.11.2006, v.u., DJ 14.12.2006)

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA.

O julgamento antecipado da lide, na hipótese em que se faz necessária a produção de provas em audiência, a fim de esclarecer fatos relevantes ao deslinde da causa, caracteriza-se como cerceamento de defesa.

Recurso provido.

(Resp nº 315935, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 19.06.2001, v.u., DJ 20.08.2001)

Cerceamento de defesa.

Caracteriza-o pelo julgamento antecipado da lide quando havia circunstâncias que poderiam ser esclarecidas mediante a produção de prova oral.

(Resp nº 224382, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 28.09.1999, v.u., DJ 29.11.1999)

JULGAMENTO ANTECIPADO. Cerceamento de defesa. Hipótese em que a causa exigia a produção de provas. Recurso conhecido e provido.

(Resp nº 220002, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 31.08.1999, v.u., DJ 25.10.1999)

Decidiu também esta Corte:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. SENTENÇA ANULADA.

1- A dependência econômica dos pais deve ser comprovada, nos termos do artigo 16, inciso II e § 4º, da Lei n.º 8.213/91.

2- A ausência da oitiva de testemunhas, -quando necessária para a análise da matéria de fato-, ocasiona inequívoco prejuízo e, em consequência, evidente cerceamento do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

3- Sentença anulada de ofício. Prejudicada a apelação do INSS.

(AC nº 2005.03.99.050648-0, Rel. Des. Federal Nelson Bernardes, 9ª T., j. 02.04.2007, DJU 26.04.2007)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PROVA TESTEMUNHAL NÃO COLHIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido de que testemunhos coerentes e idôneos merecem crédito, no tocante à demonstração da dependência econômica dos pais em relação aos filhos, uma vez que nem a lei nem o regulamento da Previdência Social exigem que a dependência econômica dos pais em relação aos filhos seja comprovada por início de prova documental, tal como ocorre para a demonstração do tempo de serviço.

2. Caracteriza cerceamento ao direito de defesa da parte autora, a não produção de prova testemunhal requerida na inicial, de forma a evidenciar o cumprimento ou não dos requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte, previsto no artigo 74, e seguintes da Lei n.º 8.213/91.

3. Embora o sistema processual civil vigente adote o princípio dispositivo, cuja premissa central pauta-se na iniciativa das partes, não competindo ao magistrado tomar iniciativas probatórias, é certo que o próprio Código de Processo Civil contém disposições que conduzem à mitigação dos rigores do referido princípio, tais como a imposição ao juiz de

promover o equilíbrio entre as partes no processo, assegurando-lhes a igualdade de tratamento (artigo 125, inciso I, do CPC), assim como a autorização de inquirir, ainda que de ofício, as testemunhas referidas nas declarações de partes ou de outras testemunhas (artigo 418, inciso I, do CPC), dentre outras, aliadas ao amplo poder garantido pelo livre convencimento motivado (artigo 131 do CPC).

4. Não resta comprometida a imparcialidade do juiz que busca, com iniciativas próprias, suprir as deficiências probatórias das partes, instruindo melhor a causa a fim de obter todos os elementos necessários que permitam concluir se o pedido inicial procede ou não, pois tais intervenções visam a efetividade da garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, caput, da CF).

5. A sentença deve ser anulada e os autos devolvidos à Vara de origem, cabendo ao Magistrado de 1ª Instância, antes de proferir novo julgamento, prosseguir com a instrução do feito, notadamente para a realização da oitiva das testemunhas.

6. Apelação da parte autora provida.

(AC nº 2001.61.14.003321-4, Rel. Des. Federal Galvão Miranda, 10ª T., j. 08.11.2005, DJU 23.11.2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 E SEQUINTE DA LEI 8.213/91. TRABALHADOR RURAL. PROVA TESTEMUNHAL NÃO COLHIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Caracteriza cerceamento ao direito de defesa da parte autora, a não produção de prova testemunhal requerida na inicial, de forma a evidenciar o cumprimento ou não dos requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte.

2. A sentença deve ser anulada e os autos devolvidos à Vara de origem, cabendo ao Magistrado de 1ª Instância, antes de proferir novo julgamento, prosseguir com a instrução do feito, notadamente para a realização da oitiva das testemunhas.

3. Apelação da parte autora provida para anular a sentença. Agravo retido do INSS prejudicado.

(AC nº 2005.03.99.022934-4, 10ª T., Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 28.06.2005, DJU 20.07.2005)

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - SENTENÇA ANULADA. APELAÇÃO PREJUDICADA.

- Há que ser anulada a sentença que, julgando o processo no estado em se encontra, não concedeu oportunidade da produção de prova testemunhal protestada pela parte autora.

- Preliminar argüida. Apelação prejudicada.

- Sentença anulada.

(AC nº 2001.03.99.049494-0, 7ª T., Rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 13.09.2004, DJU 04.11.2004)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - PRELIMINAR ACOLHIDA.

1. Não há elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador, havendo nulidade da sentença que julgou antecipadamente a lide.

2. A matéria posta nos autos do processo é de natureza fática, estando a exigir dilação probatória. Considerando-se que a autora trouxe aos autos rol de testemunhas para demonstrar a condição de companheira do segurado falecido, deveria ter sido determinada a oitiva daquelas.

3. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida para anular a sentença, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem visando à produção da prova oral, com regular processamento do feito em seus ulteriores termos.

4. Recurso parcialmente provido.

(AC nº 2000.03.99.000109-8, 9ª T., Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 08.03.2004, DJU 20.05.2004)

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, acolho a preliminar argüida pela autora para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para a regular instrução do feito, com a realização da prova oral, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos, restando prejudicadas as razões de mérito da apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00079 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017531-07.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.017531-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO DO NASCIMENTO

ADVOGADO : JOSE APARECIDO LIPORINI JUNIOR

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FELIPE ALEXANDRE DE MORAIS SOBRAL

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00144-6 1 Vr MORRO AGUDO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto em autos de ação de conhecimento, que tem por objeto condenar o INSS a restabelecer ao autor o benefício de auxílio doença por acidente do trabalho, a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio acidente, conforme CAT de fls. 57 e Carta de Concessão do Benefício de Auxílio Doença por Acidente do Trabalho de fls. 54/55.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, ao fundamento de que o autor não é incapacitado para o trabalho, deixando de condenando-o ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa, observada a gratuidade processual.

É o relatório. Decido.

A competência para processar e julgar o feito não é da Justiça Federal, conforme o disposto no Art. 109, I, da Constituição Federal.

Com efeito, tratando-se de pedido e causa de pedir relacionados a benefício de natureza acidentária, a competência para dirimir a controvérsia é da Justiça Estadual.

Referido posicionamento está em consonância com a jurisprudência firmada na egrégia Corte Superior de Justiça, que, a fim de evitar o deslocamento da competência da Justiça Federal para a Estadual, ou vice-versa, após decorrida toda a instrução processual, sufragou entendimento segundo o qual a competência é definida, *ab initio*, em razão do pedido e da causa de pedir presentes na peça vestibular, e não por sua procedência ou improcedência, legitimidade ou ilegitimidade das partes, ou qualquer outro juízo a respeito da própria demanda.

Nesse sentido firmou entendimento o egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do enunciado da Súmula 15:

"Compete à justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho."

Nessa linha, colaciono, ainda, os acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. REVISÃO DE BENEFÍCIO DE ÍNDOLE ACIDENTÁRIA. ART. 109, I, e § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. VERBETES SUMULARES 501/STF E 15/STJ.

1. O objetivo da regra do art. 109, I, da Constituição é aproximar o julgador dos fatos inerentes à matéria que lhe está sendo submetida a julgamento.

2. As ações propostas contra a autarquia previdenciária objetivando a concessão e revisão de benefícios de índole acidentária são de competência da justiça Estadual. Precedentes. Verbetes sumulares 501/STF e 15/STJ.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Acidentes do Trabalho de Porto Alegre/RS, o suscitante.

(CC 89.174/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2007, DJ 01/02/2008 p. 431);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. I - "Compete à justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

II - O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as consequências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ. III - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante.

(CC 31.972 RJ, Min. Hamilton Carvalhido; CC 34.738 PR, Min. Gilson Dipp; CC 38.349 PR, Min. Hamilton Carvalhido; CC 39.856 RS, Min. Laurita Vaz) e

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO. ACIDENTE DE TRABALHO. CONCESSÃO. RESTABELECIMENTO. REVISÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

Tratando-se de ação em que se discute a concessão, restabelecimento ou revisão de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, compete à justiça Estadual o julgamento da demanda, diante da competência residual prevista no art. 109, I, da Constituição.

Precedentes do eg. STF e da Terceira Seção do STJ.

Esta Corte, através de sua Terceira Seção, já sedimentou entendimento no sentido de que o julgamento do CC nº 7204/MG pelo Supremo Tribunal Federal em nada alterou a competência da justiça Estadual para o processamento e julgamento das ações acidentárias propostas por segurado ou beneficiário contra o INSS.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Nova Iguaçu/RJ.

(CC 63.923/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 209)".

Destarte, por força do Art. 109, I, e § 3º, da CF, reconheço a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a presente demanda.

Ante o exposto, com fulcro no Art. 557, do CPC, de ofício, declaro a incompetência da Justiça Federal e, por conseguinte, determino a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos àquela colenda Corte.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00080 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017887-02.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.017887-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOAQUIM FERREIRA

ADVOGADO : EDVALDO APARECIDO CARVALHO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CARLOS ANDRE COUTINHO ESPINDOLA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00059-3 1 Vr JUNQUEIROPOLIS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em autos de ação de rito ordinário em que se busca a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou de auxílio doença.

O MM. Juízo "a quo" julgou improcedente o pedido com fundamento na ausência de comprovação satisfatória do exercício de atividade laborativa em período imediatamente anterior ao pedido do benefício previdenciário e na inexistência de incapacidade absoluta para o trabalho atestada no laudo pericial, condenando a parte autora do pagamento de honorários advocatícios de R\$300,00, observando-se os termos do Art. 12, da Lei nº 1.060/50, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando o cancelamento da sentença, requerendo a produção de uma nova perícia na pessoa do apelante, "a fim de que fique devidamente caracterizado sua incapacidade" (sic).

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Por primeiro, no que concerne à realização da prova pericial por profissional não habilitado na área de Medicina, ou seja, por perito nomeado pelo Juízo, Fisioterapeuta devidamente registrado no CREFITO, vale destacar que a questão já foi objeto de análise por esta Colenda Décima Turma, restando decidido que tal fato não é hábil a desconstituir a sentença.

Nessa esteira, traz-se a lume:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INCAPACIDADE. INEXISTÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. I - A peça técnica apresentada pelo Sr Perito, profissional de confiança do Juiz e equidistante das partes, foi conclusiva no sentido da inexistência de incapacidade do autor. II - O fato de a perícia ter sido realizada por fisioterapeuta e não médico não traz nulidade, uma vez que é profissional de nível universitário, de confiança do juízo e que apresentou laudo pericial minucioso e completo quanto às condições físicas da autora, inclusive com explicitação da metodologia utilizada e avaliação detalhada. III - Não preenchendo a demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a improcedência do pedido é de rigor. IV- Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência

judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Apelação da autora improvida. (Proc. 2008.03.99.043750-1, Rel. Desemb. Federal Sergio Nascimento, DJF3 CJ2 DATA:25/03/2009 PÁGINA: 1901)."

No caso dos autos, observa-se à fl. 119 tratar-se de profissional formado na área de Fisioterapia, com nível universitário, devidamente inscrito no Conselho Regional de Fisioterapia - CREFITO - 3/60921-F, com aperfeiçoamento em Perícia Judicial do Trabalho pelo IBRAFA, reconhecido pelo COFFITO, Portaria 90 de agosto de 2.003, e tecnicamente habilitado para o *múnus* público que lhe foi conferido.

Ademais, para a elaboração do laudo pericial, valeu-se de seus conhecimentos na área e também dos documentos e exames apresentados pela autora, descritos às fls. 126, para o fim de analisar a capacidade funcional do autor, tendo respondido de forma satisfatória os quesitos formulados pelas partes.

O laudo da perícia judicial, em resposta aos quesitos apresentados, concluiu que o litigante se encontra apto para desenvolver suas antigas atividades laborativas, ou qualquer outra atividade mesmo que exija o levantamento de peso, postura sentada prolongada e postura ortostática prolongada. Afirma o sr. Perito que na data da realização do exame, o periciado não apresenta alterações funcionais ou patológicas, apenas algumas alterações radiológicas insignificantes; não apresenta quadro funcional compatível com as patologias reclamadas, não apresenta dor, diminuição de amplitudes de movimento ou sinais inflamatórios (fls. 120/131).

O exame pericial foi realizado em 15.06.2009 e os atestados médicos juntados pelo autor são datados de 20.01.2006 (fls. 48), 08.03.2006 (fls. 69), 01.02.2006 (fls. 70), 01.03.2006 (fls. 70) e 17.07.08 (fls. 114), anteriores à data do referido exame, não se prestando a invalidar a conclusão a que chegou o sr. Perito Judicial. O resultado do exame radiológico realizado em 01.06.2009 (fls. 132) foi devidamente analisado, como se vê às fls. 126 do laudo.

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa dos autos nenhum elemento que indique o contrário do afirmado no laudo.

De outra parte, entendendo o douto Magistrado sentenciante ser suficiente a prova realizada para firmar o seu convencimento, desnecessária a determinação de realização de outra perícia.

Assim já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se vê do acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. PROVA PERICIAL.

1. O recorrente sustenta ter havido a ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a Corte a quo não se manifestou sobre o segundo pleito constante do agravo retido, quando se insurgiu contra o indeferimento da perícia técnica requerida e, também, contra o indeferimento do retorno dos autos ao perito para responder aos quesitos complementares da perícia médica. Malgrado tenha alegado no agravo que a decisão agravada indeferira o requerimento de novos esclarecimentos ao perito, limitou-se a afirmar ser "indispensável a realização de perícia para apuração dos ruídos a que estava exposto" (fl. 106). Inexistência de malferimento ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O princípio da persuasão racional insculpido no artigo 131 do Código de Processo Civil faculta ao magistrado utilizar-se de seu convencimento, à luz dos elementos fáticos e probatórios, jurisprudência, circunstâncias e legislação que entenda aplicável o caso concreto, rechaçando diligências que se mostrem desnecessárias ou protelatórias.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 837.566/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 28/09/2006, p. 243)"

Nesse mesmo sentido a jurisprudência pacífica das Turmas que integram a 3ª Seção da Corte, "*verbis*":

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO DO ART. 557, § 1º DO CPC INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO ARTIGO 557 - AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - AGRAVO IMPROVIDO.

Descabida a alegação de cerceamento de defesa, visto que cabe ao juiz determinar a realização das provas necessárias à instrução do feito e, tendo sido possível ao juiz formar o seu convencimento, através dos documentos juntados e laudo pericial realizado, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Inexistente nos autos prova da incapacidade total e permanente para o trabalho, improcede o pedido de aposentadoria por invalidez.

A autora não jus ao auxílio-doença, visto que sua patologia não a impede de trabalhar, apenas limita esse trabalho e o laudo não indica sequer um processo de reabilitação, que seria viável no caso de auxílio-doença.

Agravo interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC improvido.

(AL em AC nº 0040518-13.2005.4.03.9999; 7ª Turma; unânime; Relatora Desembargadora Federal Leide Pólo; in DE 30.08.10);

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Recebo o presente recurso como agravo legal.

II - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

III - Não merece reparos a decisão recorrida, fundamentando-se no fato de não ter comprovado a existência de incapacidade total e permanente para o exercício de qualquer atividade laborativa, que autorizaria a concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, tampouco a existência de incapacidade total e temporária, que possibilitaria a concessão de auxílio-doença, conforme disposto no art. 59, da Lei 8.212/91.

IV - Embora a autora relate ser portadora de hipertensão, associada a labirintite, o perito médico judicial conclui haver capacidade laboral.

V - Cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não determinada prova, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, nos termos do art. 130 do CPC.

VI - A prova testemunhal não teria o condão de afastar as conclusões da prova técnica.

VII - Não há dúvida sobre a capacidade do profissional indicado pelo Juízo a quo, que atestou, após exame físico detalhado e análise dos exames subsidiários, não estar a agravante incapacitada para o trabalho.

VIII - Agravo não provido.

(AC nº 0001129-60.2006.4.03.6127; 8ª Turma; unânime; Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante; in DE 27.07.10);

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AGRAVO RETIDO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. QUALIDADE DE SEGURADO. CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE.

1- Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, a fim de verificar a existência ou não de incapacidade laborativa foi determinada a realização de prova pericial, que foi efetivada por perito do IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo.

2- Sendo possível ao juiz a quo formar seu convencimento através da perícia realizada, desnecessária a realização de nova perícia, cuja determinação se constitui em faculdade do juiz. Inteligência do art. 437 do Código de Processo Civil.

3- Não é devida a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-doença à parte Autora que, embora tenha comprovado a carência e a qualidade de segurado, não demonstrou a incapacidade para o trabalho.

4- Laudo pericial que afirma a inexistência de incapacidade para o trabalho.

5- Agravo retido desprovido. Preliminar rejeitada. Apelação da parte Autora improvida. Sentença mantida.

(AC nº 2001.61.26.002504-0; 9ª Turma; unânime; Relator Desembargador Federal Santos Neves; in DJ 28.06.07) e PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - ART. 557, § 1º DO CPC - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO-DOENÇA - INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL - NÃO CONFIGURAÇÃO.

I - Não há que se cogitar sobre eventual cerceamento de defesa, sendo despicienda a realização de nova perícia, já que o laudo médico pericial é suficientemente elucidativo quanto à inexistência de incapacidade laboral do autor, destacado pelo expert que não se evidencia seqüela do referido traumatismo por ele sofrido, não tendo sido apresentado qualquer documento, relatório médico ou exames complementares compatíveis com a referida lesão.

II - Agravo interposto pela parte autora, nos termos do art. 557, § 1º do CPC, improvido.

(AL em AC nº 0037682-28.2009.4.03.9999/SP; 10ª Turma; unânime; Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento; in DE 07.10.10)"

Desta forma, é de ser mantida a r. sentença, quanto à matéria de fundo.

Contudo, não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Ministro Sepúlveda Pertence).

Posto isto, corrijo de ofício a r. sentença para dela excluir a condenação em honorários advocatícios, e, com base no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação interposta, conforme fundamentado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00081 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019606-19.2010.4.03.9999/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : JOSEILTON ROCHA
ADVOGADO : RENATA ALVES DE OLIVEIRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JULIO JOSE ARAUJO JUNIOR
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00037-5 5 Vr MAUA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez do autor.

Apela o autor alegando, em síntese, que os salários-de-benefício das prestações recebidas a título de auxílio-doença devem ser computados como salário-de-contribuição para efeito de cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do Art. 29, § 5º da Lei 8.213/91.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não obstante o Egrégio Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral nesta matéria no RE 583834 RG/SC, verifico que não houve determinação expressa de sobrestamento dos feitos. Por outro lado, o Art. 543-B não obsta o julgamento das apelações, mas apenas a remessa dos recursos extraordinários.

Quanto ao mérito, não assiste razão à parte autora.

Verifico que foi concedido ao autor o benefício de auxílio-doença, NB 108.535.001-8, com DIB em 16.12.1997 e cessado em 31.12.2004 em razão de transformação em aposentadoria por invalidez, NB 136.754.833-8, com DIB no dia seguinte em 01.01.2005.

Observe que a aplicação do art. 29, § 5º da Lei 8.213/91 se dá nas hipóteses em que há períodos de contribuição permeados com o recebimento de auxílio-doença o que, evidentemente, não é o caso dos autos, tendo em vista que a cessação do benefício se deu exatamente pela transformação em aposentadoria por invalidez. Este o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral." Agravo regimental desprovido.

(STJ; AGP 7109; Terceira Seção; Relator Ministro Felix; DJE 24.06.2009);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido.

(STJ; AGRESP 1039572; 6ª Turma; Relator Ministro Og Fernandes; DJE 30.03.2009);

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.

1. O entendimento traçado na decisão monocrática com a qual se baseia o recorrente para sustentar sua tese não se coaduna com o caso em estudo, pois no precedente colacionado pelo agravante, não se tratou sobre a inexistência de salários-de-contribuição.

2. A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, § 5º, da aludida lei.
3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio doença anterior a ela, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.
4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1017520/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 29/09/2008)

Na mesma linha os julgamentos desta Colenda Décima Turma:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 36, § 7º, DEC. 3.048/99. CONCESSÃO POR TRANSFORMAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART.124, I, LEI 8213/91. I - O cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença deve se dar nos termos do artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes do STJ. II - A aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 se dará nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição. III - No que tange aos honorários advocatícios, restou consignado que a execução corresponde ao valor das parcelas da aposentadoria concedida judicialmente, descontados os valores de auxílio-doença recebidos na esfera administrativa, por força do disposto no artigo 124, inciso I, da Lei 8.213/91, sendo, portanto, essa a base de cálculo daquela verba. IV - Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela autora, improvido.

(AC 2010.03.99.020683-2, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJF3 27.10.2010)

Ante ao exposto, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00082 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022088-37.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.022088-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : MARIA ANTONIA DOS SANTOS

ADVOGADO : EMIL MIKHAIL JUNIOR

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FERNANDO ONO MARTINS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00052-9 2 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença. A autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00, observando-se, contudo ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Em apelação, a parte autora impugna, inicialmente, o laudo pericial, uma vez que foi realizado por médica reumatologista, não especialista nas enfermidades que lhe acometem. Pede a realização de novo laudo pericial por médico especialista em ortopedia/traumatologia/psiquiatria.

Transcorrido "in albis" o prazo para apresentação de contra-razões (fl. 209).

Após breve relatório, passo a decidir.

Da preliminar

A preliminar de cerceamento de defesa se confunde com o mérito e com ele será analisada.

Do mérito

A autora, nascida em 05.11.1961, pleiteia a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou de auxílio-doença, os quais estão previstos no art. 42 e 59, da Lei nº 8.213/91 que dispõem respectivamente:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico pericial, elaborado em 27.02.2009 (fl. 110/132), relata que a autora é portadora de lombalgia, espondiloartrose cervical com radiculopatia de C7, síndrome do túnel do carpo e depressão, porém não foi conclusivo quanto à incapacidade da autora.

O segundo laudo pericial (29.09.2009; fl. 130/133) aponta que a autora não apresenta achados clínicos compatíveis com síndrome do túnel do carpo e de compressão de raiz nervosa cervical e/ou lombar, de modo que não apresenta incapacidade laborativa.

Assim, não há que se falar em nulidade do feito por cerceamento de defesa, vez que os laudos periciais produzidos nos autos são aptos ao convencimento do julgador, sendo desnecessária a realização de nova perícia.

Com efeito, a perícia inicial foi realizada por perito na área de ortopedia e concluiu que não obstante as patologias apresentadas tais enfermidades não acarretam incapacidade, uma vez que "sem sinais de atividade e de síndrome do túnel do carpo", conforme primeiro parágrafo do item VI. Discussão e conclusão (fl. 117).

Ademais, o fato de a segunda perícia ter sido realizada por médico reumatologista, e não médico especialista, não traz nulidade, uma vez que é profissional de confiança do juízo e que apresentou laudo pericial suficientemente claro quanto às condições físicas do autor.

Dessa forma, não preenchendo a demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou tampouco do auxílio-doença, vez que o laudo foi categórico quanto à inexistência de incapacidade para o trabalho ou mesmo de limitação, a improcedência do pedido é de rigor.

Assim, as peças técnicas apresentadas pelos peritos, profissionais de confiança do Juiz e equidistantes da parte, foram conclusivas no sentido da inexistência de incapacidade da autora, a qual não apresentou qualquer elemento que pudesse desconstitui-la, ou mesmo laudo de assistente técnico contrapondo-se às conclusões do *Expert*.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **rejeito a preliminar e no mérito, nego seguimento à apelação da autora**. Não há condenação da parte autora em verbas de sucumbência, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.
Int.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00083 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023441-15.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.023441-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : JOAO DOS SANTOS

ADVOGADO : MARCIO RODRIGO GALEGO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 07.00.00020-4 2 Vr BATATAIS/SP
DECISÃO
Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido do autor em ação que visa o deferimento do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, com pedido subsidiário de auxílio-acidente, sob o fundamento de que não foram comprovados os requisitos legais necessários. Pela sucumbência, o demandante deverá arcar com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), ressalvada a gratuidade processual de que é beneficiário.

Em sua apelação, o autor alega, preliminarmente, a nulidade da sentença por deficiência da fundamentação. No mérito, sustenta que comprovou se encontrar incapacitado para o trabalho, fazendo jus à aposentadoria por invalidez ou, subsidiariamente, ao auxílio-acidente.

Contrarrazões de apelação à fl. 88.

Após breve relatório, passo a decidir.

Da preliminar

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação pois tal hipótese não se verifica no caso em tela, vez que a magistrada sentenciante expôs de forma exaustiva as razões de seu convencimento.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 14.09.1954, encontram-se previstos nos arts. 42 e 86, da Lei 8.213/91, que dispõem:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.
Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

No caso dos autos, verifica-se não assistir razão ao apelante.

Com efeito, o laudo médico pericial, elaborado em 14.09.1954 (fl. 48/51), atestou que o autor, conquanto haja apresentado *perda auditiva leve*, não teve constatada qualquer redução em sua capacidade laborativa.

Dessa forma, não preenchendo o demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou tampouco do auxílio-acidente, vez que o laudo foi categórico quanto à inexistência de incapacidade para o trabalho ou mesmo de redução, a improcedência do pedido é de rigor.

Assim, a peça técnica apresentada pelo experto, profissional de confiança do Juiz e equidistante das partes, foi conclusiva no sentido da inexistência de incapacidade do autor, o qual não apresentou qualquer elemento que a pudesse desconstituir, ou ainda laudo de assistente técnico se contrapondo às conclusões da perícia.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **rejeito a preliminar argüida pelo autor e, no mérito, nego seguimento à sua apelação.** Não há condenação do demandante em verbas de sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00084 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023466-28.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.023466-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : LEONARDO FERREIRA

ADVOGADO : ROBERTA LUCIANA MELO DE SOUZA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : GUSTAVO RICCHINI LEITE

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00087-2 1 Vr NUPORANGA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido em ação previdenciária para condenar o réu a conceder ao autor o benefício de auxílio-doença a partir da data em que deferida a antecipação de tutela, devendo a autarquia proceder à reavaliação periódica. A correção monetária é devida nos termos da Resolução nº 242 de 03.07.2001, do E. Conselho da Justiça Federal e do Provimento nº 26, de 18.09.2001, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incidindo juros de mora de 12% ao ano, a contar da data do laudo, compensando-se os benefícios recebidos administrativamente. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor do débito corrigido até a data da liquidação. Mantida a antecipação de tutela concedida à fl. 57.

À fl. 76, foi comunicado pelo réu a implantação do benefício.

A parte autora apela objetivando a reforma da sentença, a fim de ser-lhe concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da data do indeferimento do benefício na esfera administrativa. Contra-arrazoado o feito pela parte autora à fl. 84/89.

Após breve relatório, passo a decidir.

Da remessa oficial tida por interposta

Legitima-se o reexame necessário, no presente caso, uma vez que não é possível precisar se o valor da condenação excede ou não o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, estabelecido pelo § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 10.352/2001.

Do mérito

O autor, nascido em 08.01.1968, pleiteia a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença, este último previsto no art. 59, da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo do perito judicial, elaborado em 17.03.2009 (fl. 48/52) e complementado à fl. 62/63, revela que o autor é portador de hipertensão arterial sistêmica, dorsalgia e hipercolesterolemia, apresentando restrição ao exercício de tarefas

físicas e ou laborativas de natureza pesada, estando apto a desenvolver demais funções de natureza moderada/leve que possam lhe garantir subsistência.

Os dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais acostados à fl. 34 demonstram que o autor preenche os requisitos concernentes ao cumprimento da carência para a concessão do benefício em comento, bem como à manutenção da qualidade de segurado, quando do ajuizamento da ação em 07.07.2008.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pelo autor que lhe imprimem limitações ao desempenho de sua atividade laboral de rurícola, entendo ser irreparável a r. sentença "a quo" que lhe concedeu o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

Saliente-se, no entanto, que a Autarquia deverá submeter o beneficiário, caso necessário, ao processo de reabilitação profissional previsto no art. 62 da Lei 8.213/91 que assim determina:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez

Mantido o termo inicial do benefício na forma da sentença, ou seja, a contar da data da concessão da tutela antecipada (04.09.2009 - fl. 57), quando já estava presente a incapacidade laboral do autor, consoante atestado no laudo pericial, devendo ser descontadas as parcelas pagas a esse título quando da liquidação da sentença.

Cabe ainda explicitar os critérios de correção monetária e juros moratórios.

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros moratórios devem ser calculados, a contar do termo inicial do benefício, de forma decrescente, considerados até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Destaco que "o art. 5º da Lei 11.960/09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previsto no art.1º-F da Lei 9.494/97, possui natureza instrumental material. Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento" (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1136266/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17.06.2010, Dje 02.08.2010).

A base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às prestações que seriam devidas até a data em que foi proferida a r. sentença recorrida, nos termos da Súmula 111 do E. STJ e de acordo com entendimento firmado por esta 10ª Turma, mantido o percentual de 10% (dez por cento).

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, "caput" do CPC, **dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta** para fixar o termo final dos honorários advocatícios na data da sentença e **nego seguimento à apelação da parte autora**. As verbas acessórias deverão ser calculadas na forma retroexplicitada.

As parcelas pagas a título de antecipação de tutela deverão ser descontadas quando da liquidação da sentença.

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00085 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024527-21.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.024527-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : SOLANGE CRISTINA ALVES DA SILVA
ADVOGADO : GLEIZER MANZATTI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELISE MIRISOLA MAITAN
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 06.00.00080-0 1 Vr GUARARAPES/SP
DECISÃO
Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido da autora em ação que visa o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, sob o fundamento de que não foram comprovados os requisitos legais necessários. Pela sucumbência, a demandante foi condenada em custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em dez por cento do valor da causa, ressalvada a gratuidade processual de que é beneficiária.

Em sua apelação, a autora requer a reforma da sentença sustentando, em resumo, que comprovou o preenchimento dos requisitos necessários ao restabelecimento do benefício.

Contrarrazões de apelação às fl. 136v.

Após breve relatório, passo a decidir.

O benefício pleiteado pela autora, nascida em 19.12.1968, está previsto no art. 59 da Lei 8.213/91 que dispõe:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

No caso dos autos, verifica-se que não assiste razão à apelante, como passo a analisar.

O laudo médico pericial produzido em 16.08.2007 (fl. 37), constatou que a autora, conquanto seja portadora de *dor lombar e [no] ombro esquerdo*, não teve comprovada sua incapacidade laborativa. Por outro lado, a perícia realizada por profissional de psiquiatria em 05.12.2008 (fl. 62/64), atestou que a requerente *não apresenta doença mental incapacitante*. Por fim, terceira perícia realizada a 24.09.2009 (fl. 90/108), concluiu que, ainda que haja sido constatada *artrose do joelho direito, em coluna lombar e fibromialgia arterial*, tais patologias se apresentam em grau mínimo e *não justificam redução da capacidade da pessoa [para] realizar as atividades da vida diária, inclusive quanto a sua subsistência*.

Verifica-se, assim, que as peças técnicas apresentadas pelos d. peritos, profissionais de confiança do Juiz e equidistantes das partes, foram conclusivas no sentido da existência de capacidade da autora para o trabalho, não havendo qualquer elemento que pudesse desconstitui-la, tampouco laudo de assistente técnico contrapondo-se às conclusões dos expertos.

Dessa forma, a autora não preenche os requisitos necessários ao restabelecimento do benefício de auxílio-doença, vez que a prova pericial foi expressa no sentido de que inexistente incapacidade para o trabalho, sendo de rigor a improcedência do pedido.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da autora**. Não há condenação da demandante ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00086 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024716-96.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.024716-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : BENEDITO DELFINO
ADVOGADO : ALEXANDRE CRUZ AFFONSO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : YVES SANFELICE DIAS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 07.00.00025-9 1 Vr AGUDOS/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença, ou aposentadoria por invalidez. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa, bem como custas processuais, nos termos do disposto na lei de assistência judiciária gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Interposto agravo retido à fl. 85/93 pelo réu de r. decisão que rejeitou a preliminar de carência da ação, por falta de interesse de agir, ante a ausência de esgotamento da via administrativa.

Contra-arrazoado o feito pelo réu à fl. 131/135.

Após breve relatório, passo a decidir.

Do agravo retido

Não conheço do agravo retido de fl. 85/93 interposto pelo réu, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º, do art. 523 do Código de Processo Civil.

Do mérito

O autor, nascido em 22.03.1956, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença e sua conversão em aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos art. 59 e 42 da Lei 8.213/91 que dispõem:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo pericial, elaborado em 29.08.2008 (fl. 101/106), atesta que o autor refere haver sofrido trauma na cabeça, no ano de 2000, ocasião em que deixou de laborar, não realizando nenhum tratamento à época da perícia, não estando incapacitado para o trabalho. O perito foi categórico no sentido de que o autor não é portador de patologias que o impedem de trabalhar (fl. 106).

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa do autor, a justificar a concessão de quaisquer dos benefícios em comento, o qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que o autor venha a pleitear quaisquer dos benefícios em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **não conheço do agravo retido interposto pelo réu e nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00087 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024798-30.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.024798-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : ADELINA ZUIM RUIZ
ADVOGADO : WATSON ROBERTO FERREIRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CAIO BATISTA MUZEL GOMES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00021-6 1 Vr PORTO FELIZ/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor da causa e honorários de perito fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), bem como custas e despesas processuais, suspensa a cobrança nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, em razão de ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 05.07.1950, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo pericial, elaborado em 13.11.2009 (fl. 76/79), refere que a autora é portadora de espondilodiscoartropatia de coluna lombo-sacra, não apresentando instabilidade da coluna, ou alterações da marcha (respostas aos itens 17 e 18 do autor - fl. 78), não estando incapacitada para o trabalho.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa da autora, a justificar a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença por ela pleiteados, a qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que a autora venha a pleitear o benefício em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00088 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024811-29.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.024811-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : MARIA JOANA PEREIRA DE SOUZA

ADVOGADO : WATSON ROBERTO FERREIRA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CAIO BATISTA MUZEL GOMES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00018-8 1 Vr PORTO FELIZ/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, suspensa a cobrança nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, em razão de ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 07.02.1963, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo pericial, elaborado em 14.09.2009 (fl. 85/90), refere que a autora é portadora de seqüela de neurocisticercose (crises convulsivas) e hipertensão arterial em tratamento clínico, não havendo evidências de sua incapacidade laboral no exame pericial. O perito asseverou que, baseado nos elementos que foram apresentados e constantes do laudo, as queixas apresentadas devem ter o tratamento continuado, mas não há razão objetiva para afastamento de seu trabalho habitual no momento do exame.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa da autora, a justificar a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença, por ela pleiteados, a qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que a autora venha a pleitear o benefício em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00089 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025374-23.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025374-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : LUIS FERNANDO MARCAL
ADVOGADO : MARCELO GAINO COSTA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : TATIANA CRISTINA DELBON
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 07.00.00191-8 1 Vr MOCOCA/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Houve condenação em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observados os benefícios da justiça gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício em comento, haja vista estar incapacitado para desenvolver suas atividades laborais.

Contrarrazões de apelação à fl. 94/96.

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascido em 07.08.1970, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, o qual está previsto no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo do perito judicial, elaborado em 25.06.2009 (fl. 69/76), atesta que o autor é portador de hérnia de disco, mielopatia e paniculite, sem apresentar incapacidade para sua função habitual de vendedor braçal.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia realizada por profissional equidistante das partes, a inaptidão para o desempenho de atividade profissional praticada pelo autor, não ensejando, por ora, a concessão do benefício em comento.

Não há condenação do autor ao ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00090 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025827-18.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025827-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : FRANCISCA FAUSTINA DE LIMA PEREIRA
ADVOGADO : MARCELO GAINO COSTA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARCELO GARCIA VIEIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00038-7 1 Vr CACONDE/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença, cumulado com o pedido de aposentadoria por invalidez. Não houve condenação em verbas sucumbenciais, observados os benefícios da justiça gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento, haja vista ser portadora de enfermidades que a incapacitam para o exercício de atividade laborativa.

Contra-razões de apelação às fls. 141/143.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 19.12.1952, pleiteou o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, ou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos arts. 59 e 42 da Lei 8.213/91 que dispõem:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo do perito judicial, elaborado em 23.04.2009 (fl. 116/120), atesta que a autora é portadora de lombalgia, passível de tratamento com antiinflamatórios, sem apresentar incapacidade para função do lar ou atos da vida civil.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia realizada por profissionais de confiança do Juízo e equidistantes das partes, a presença da incapacidade laborativa da autora, a justificar a concessão do benefício em comento, a qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00091 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027227-67.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.027227-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SILVIO AUGUSTO DE MOURA CAMPOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : SONIA AMANCIO DA SILVA
ADVOGADO : NEUSA PAULINO MARTINS DA COSTA
CODINOME : SONIA AMANCIO DE LIMA
PARTE AUTORA : ALAIDE PEDROSO e outros
: AURELIANO LOUREIRO DOS SANTOS
: NAICE FRANCO SILVA
: BENEDITA CALIXTO
: LUZIA MANOEL SANTOS
: MARIA DE LOURDES LOPES DIAS
: FLAVIO TREVISAN
: ANTONIO BENEDITO DE OLIVEIRA
: SEBASTIAO BARBOZA
No. ORIG. : 09.00.00254-6 2 Vr AVARE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, opostos pelo INSS em sede de ação de revisão de benefício previdenciário. O embargante foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais despendidas pela embargada, bem como dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Objetiva o embargante a reforma de tal sentença, alegando, em síntese, a ocorrência da prescrição da pretensão executiva, uma vez que a sentença de conhecimento transitou em julgado em 13.02.1998 e a conta de liquidação foi apresentada somente em março de 2009.

Contrarrazões de apelação à fl. 82/85.

Após breve relatório, passo a decidir.

Compulsando os autos verifico que o trânsito em julgado da ação de conhecimento ocorreu em 13.02.1998, conforme atesta a certidão de fl. 168 dos autos em apenso.

Em seguida, o patrono da autora, ora embargada, requereu ao Juízo *a quo*, em 03.10.2000 (fl. 175), a expedição de ofício ao INSS para que este apresentasse os valores pagos à requente a título de gratificação natalina nos anos de 1988 e 1989.

A autarquia, por meio de sua Agência de Avaré- SP, em 08.11.2000 (fl. 186), informou a impossibilidade de fornecer os dados solicitados, em razão do benefício da autora ter sido transferido para a Agência da Lapa, na cidade de São Paulo.

Constata-se que a execução prosseguiu em relação aos demais autores do processo, sendo que somente em 16.10.2007 (fl. 507/508) a embargada requereu a notificação da Agência Lapa do INSS para o fornecimento dos elementos necessários para a feitura do cálculo de liquidação.

Com as informações prestadas pela autarquia (fl. 555/571), a embargada deu início à execução, em 17.03.2009, com a apresentação do cálculo de liquidação de fl. 582.

Com efeito, a jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a sua incidência na ação de execução, conforme entendimento consolidado na Súmula n. 150 do STF, que abaixo transcrevo:

"prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação"

Em se tratando de ação de revisão de cálculo de benefício previdenciário, e considerando, ainda, que o período que teria dado ensejo ao reconhecimento da prescrição se deu sob a vigência da Lei n. 8.213/91, há que se observar o disposto no art. 103, parágrafo único, da indigitada lei, *in verbis*:

Art. 103.....

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Assim, o prazo prescricional da presente ação executiva é de cinco anos, a contar da data de início de prazo processual aberto para o exequente praticar ato processual que lhe cabia, porém deixou de fazê-lo.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão executiva, uma vez transcorreram mais de 5 anos a partir do prazo aberto pelo despacho de fl. 196 para a parte manifestar-se a respeito da informação do INSS de fl. 186, prestada em 08.11.2000, no sentido de que não possuía os dados requeridos pela exequente, vindo a fazê-lo somente em 16.10.2007, sendo que a aludida paralisação se deu exclusivamente por inércia da autora, ora embargada, de forma a autorizar a incidência da prescrição executiva intercorrente. A esse respeito confira-se jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PRAZO QÜINQUÊNAL. DECRETO N. 20.910/32.

I. Incorre em omissão suscetível de atrair a incidência da prescrição quinquenal intercorrente a ausência de interesse dos expropriados em postular, por mais de oito anos, a atualização da conta para o prosseguimento da execução, após o recebimento dos valores correspondentes ao precatório anterior.

II. Recurso conhecido e provido.

(REsp 136.902/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/1999, DJ 19/04/1999 p. 108)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. O titular só se considera "dormiens" quando, no prazo estabelecido, não vem a juízo defender seu direito, que ele o faça mediante o processo de conhecimento, executivo ou monitorio.

2. Se o credor abandona a ação condenatória ou a executiva por um lapso superior ao prazo prescricional, deixando de tomar as providências que lhe competiam para garantir o bom andamento do feito e defesa de seus interesses, já então sua inércia terá força para combalir o direito de ação dando lugar à consumação da prescrição.

3. Para se caracterizar a prescrição intercorrente, é necessário definir o momento em que se considera caracterizada a inércia culposa da parte, para o fim de determinar a data inicial da prescrição. Em outras palavras, o trabalho prático consiste em procurar, dentro do processo de execução, um lapso de tempo contínuo, igual ou superior ao prazo de prescrição, dentro do qual constata-se a absoluta paralisação do processo em decorrência da desídia do demandante.

4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF-3ª Região; AG 233716/SP - 2005.03.00.023603-9; 7ª Turma; Rel. Desembargador Federal Walter Amaral; j. 24.10.2005; DJ 07.12.2005; pág. 403)

Por conseguinte, aplicável ao caso em espécie o disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **dou provimento à apelação do INSS**, para reconhecer a prescrição da pretensão executiva. Não há condenação da embargada aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

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

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00092 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027603-53.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.027603-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MAYKON MARTINS SILVA incapaz

ADVOGADO : ALUIZIO RIBAS DE ANDRADE JUNIOR
REPRESENTANTE : TEREZINHA MARTINS DOS SANTOS SILVA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WAGNER ALEXANDRE CORREA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00020-8 1 Vr APIAI/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação em ação de conhecimento, com pedido de tutela antecipada, que tem por objeto condenar a Autarquia Previdenciária a restabelecer o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa deficiente, incapaz, representado por sua genitora, desde a cessação na esfera administrativa.

O MM. Juiz *a quo*, por não considerar preenchido o requisito da miserabilidade, julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa, ressalvando ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em seu recurso de apelação, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, sustentando, em síntese, que foram preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício e embora o genitor perceba aposentadoria, estes valores são mínimos diante das necessidades do apelante.

Subiram os autos, com contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso interposto, em razão da renda familiar per capita superar o limite legal, considerando a aposentadoria especial recebida pelo genitor.

É o relatório. Decido.

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu artigo 20 os requisitos para a concessão do benefício, *verbis*:

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

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

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

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

No presente caso, laudo pericial concluiu que o autor é portador de Paralisia Cerebral - CID G80, e está incapacitado física e mentalmente, de forma total e permanente, para o exercício de quaisquer atividades, por mais elementar que seja (fls. 67/68).

Entretanto, é certo que não restou comprovado que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Ressalto que o conceito de família, para efeitos do Art. 20, caput, da Lei 8.742/93, é "o conjunto de pessoas elencadas no Art. 16, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto". A entidade familiar, referida no § 1º, do Art. 20, da Lei 8.742/93, conforme redação dada pela Lei 9.720/98, é constituída por pessoas que vivem sob o mesmo teto, desde que se trate de cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, pais, irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

No caso dos autos, a entidade familiar é composta pelo autor, nascido em 03/02/2000, seu pai, Purcino Dantas da Silva, aposentado, nascido em 10/12/1937 e a genitora, Terezinha Martins Silva, nascida em 23/06/1975.

A averiguação social constatou que a família vive em casa própria, financiada, composta por 04 cômodos mais 01 banheiro, em bom estado de conservação, assim como o mobiliário e possui um Fiat Uno ano 1988. A renda familiar é proveniente da pensão especial recebida pelo genitor, no valor de R\$950,00 à época em que realizado o estudo social, em janeiro/2010. Portanto, a renda *per capita* no caso em exame, seria de R\$317,33 e como reconhecido pelo I. Representante do Ministério Público Federal, ultrapassa, em muito, o limite legal de ¼ de salário mínimo disposto no Art. 20, § 3º da Lei 8.742/93, que à época da realização do estudo social era de R\$127,50.

Ademais consta do relatório do acórdão proferido no processo administrativo carreado aos autos pela parte autora, que por ocasião do requerimento, foi declarado que o genitor ganhava R\$ 129,00, quando na verdade já estava aposentado com renda mensal no valor de R\$595,20, motivo pelo qual foi procedida a revisão executada por Assistente Social, que concluiu pela cessação do benefício anteriormente concedido (fls. 10). Assim, não restou caracterizado o estado de miserabilidade que enseja a concessão do benefício assistencial.

O escopo da assistência social é prover as necessidades básicas das pessoas, sem as quais não sobreviveriam.

Desse modo, está ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, eis que a prova demonstra que a parte autora possui meios de prover sua manutenção, não fazendo jus ao benefício assistencial de prestação continuada do Art. 20 da Lei 8.742/93.

Consigno que, com a eventual alteração das condições econômicas, a parte autora poderá formular novamente seu pedido.

Não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00093 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028244-41.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028244-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : JORGE DOUGLAS FERNANDES incapaz
ADVOGADO : FERNANDO ALBERTO ROSO
REPRESENTANTE : ELISABETE APARECIDA RODRIGUES FERNANDES
ADVOGADO : FERNANDO ALBERTO ROSO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CLAUDIO MONTENEGRO NUNES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00130-5 1 Vr LARANJAL PAULISTA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária objetivando a concessão de benefício de auxílio doença, desde o indeferimento administrativo, com pedido de antecipação da tutela.

A r. sentença apelada, julgou improcedente o pedido do autor e deixou de condená-lo aos efeitos da sucumbência por força da isenção legal.

O autor apresentou recurso de apelação pleiteando a reforma do *decisum*, alegando que sofre de epilepsia, o que foi constatado no exame pericial, sendo merecedor do benefício de auxílio doença.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O Art. 59, da Lei 8.213/91, estabelece que o auxílio doença será devido ao segurado que houver cumprido o período de carência, quando for o caso, e se encontrar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual por período superior a quinze dias consecutivos.

Alega o autor, em síntese, que os portadores de epilepsia sofre com o estigma, o preconceito, a vergonha e o medo e que o laudo médico apurou a impossibilidade de realizar certas atividades, o que lhe impede de conseguir emprego.

A petição inicial está instruída com a ficha de atendimento ambulatorial - urgência/emergência (fls. 17), além dos "receituários" para medicamentos (fls. 18/19) e da comunicação de decisão administrativa (fls. 16).

Por determinação judicial, o autor foi submetido a exame pericial consoante laudo datado de 08/02/2010 e carreado às fls. 58/61, concluindo pela ausência de incapacidade física e mental.

Não havendo prova irrefutável da incapacidade laboral por período superior ao estabelecido pelo Art. 59, da Lei 8.213/91, não há como ser deferido o benefício pleiteado.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados desta Corte Regional, **in verbis**:

"PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.- Os documentos juntados pela autora atestam tratamento por quadro de epilepsia, episódios depressivos, hipertensão arterial e labirintite. Contudo são insuficientes para demonstrar a necessidade de afastamento de suas atividades laborativas.- Prevalência de exame realizado pelo INSS, que goza da presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos, atestando ausência de incapacidade.- Somente com a realização de perícia médica judicial poder-se-á esclarecer se a agravante está ou não incapacitada para o trabalho.- Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AI - 358382 - Proc. 2008.03.00.048996-4/SP, 8ª Turma, j. 04/05/2009, DJF3 CJ2 09/06/2009, pág. 542)

"PREVIDENCIÁRIO . APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42, CAPUT E § 2º DA LEI 8.213/91. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE.BENEFÍCIO INDEVIDO. AUTOR EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA.

1. (...)

4. Sem base em dado probatório seguro, considerando apenas a abordagem genérica e descritiva sobre a epilepsia, sem se ater ao grau de comprometimento da doença em relação ao autor, não é possível se afastar a conclusão pericial, provinda de avaliação médica, a qual assegurou que o mal de que é portador o Autor está sujeito a tratamento medicamentoso, não o tornando incapaz para o exercício de suas atividades.

5. Não basta o diagnóstico de que o indivíduo sofra da doença denominada epilepsia para que imediatamente daí decorra sua incapacidade. É necessário que tal indivíduo se submeta à avaliação médica para que se verifique se a doença atingiu grau que impeça o exercício de atividade laborativa.

6. Ante a ausência de comprovação, por parte do autor, da incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que lhe garante a subsistência, requisito essencial à concessão da aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 42 da Lei nº 8.213/91, o benefício postulado não deve ser concedido.

7. Apelação do autor improvida." (AC - 939708 - Proc. 2004.03.99.017253-6/SP, 10ª Turma, j. 15.06.2004, DJU 30.07.2004 pág. 697)

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada e com o Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao recurso de apelação da autoria, nos termos em que explicitado.

Não há condenação do autor aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Ministro Sepúlveda Pertence).

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00094 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028796-06.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028796-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARIA DO ROSARIO DA SILVA

ADVOGADO : JOAO SERGIO RIMAZZA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RODRIGO DE AMORIM DOREA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00102-3 4 Vr MAUA/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação em ação de conhecimento, que tem por objeto condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa portadora de deficiência.

O MM. Juiz *a quo*, por não considerar preenchido o requisito da incapacidade, julgou improcedente o pedido, sem sucumbência e custas na forma da lei.

Em seu recurso de apelação a parte autora sustenta que o julgamento sem a elaboração do estudo social cerceou o direito ao contraditório e ampla defesa e pleiteia a nulidade da r. sentença para que seja elaborado o estudo social e a prolação de novo julgado.

Subiram os autos, com contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso interposto e a manutenção da r. sentença, com a exclusão, de ofício, da condenação em custas em honorários periciais.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, no que concerne à alegação de cerceamento de defesa, importa frisar que cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, a teor do disposto no Art. 130 do CPC.

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu artigo 20 os requisitos para a concessão do benefício, *verbis*:

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

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

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

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

No presente caso, laudo pericial concluiu que a autora parte autora é portadora de distúrbio músculo-esquelético em membros superior e inferior esquerdos, classificados por "seqüela motora por poliomielite". Relata o Perito Judicial que "No caso em pauta, não se pode afirmar que os elementos obtidos do exame físico apontem para uma condição de limitação física que impeça a Autora de prover a incapacidade para a vida independente e para o trabalho." (fls. 61/62).

A autora alega na petição inicial, que é "*portador de deficiência, estando a longo tempo fazendo tratamento do UBS do Jardim Mauá, na cidade e Comarca de Mauá, São Paulo, estando atualmente com 36 (trinta e seis) anos de idade*" e que por diversas vezes pleiteou o benefício, que foi negado pela Autarquia.

Para comprovar o alegado carrou aos autos cópia do requerimento administrativo e da comunicação de decisão que indeferiu o pedido por ausência de incapacidade, bem como do atestado médico expedido em 06/07/2006, emitido pela UBS da Prefeitura do Município de Mauá, dando conta da patologia da autora e da sua condição laborativa (fls. 14/17).

O Perito Judicial relata que os dados da investigação diagnóstica foram colhidos do relatório médico emitido pela UBS Jardim Mauá, com o seguinte conteúdo: "*Ao INSS declaro que Maria do Rosário da Silva não consegue trabalhar devido a seqüela motora à E (MSE e MIE) por poliomielite. CID M21.8 Outras deformidades adquiridas dos membros (...).*" - fls. 61

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa do feito nenhum elemento que indique o contrário do afirmado no parecer.

Desse modo, ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, eis que a prova produzida nos autos não demonstra a incapacidade da parte autora, decerto que não faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada do Art. 20, da Lei nº 8.742/93.

Ademais, esta Corte já decidiu que diante do não preenchimento de um dos requisitos para concessão do benefício, *in casu* a incapacidade, revela-se desnecessária a análise dos demais, vez que o laudo social não resultará alteração do julgado, em consonância com o parecer ministerial, que reconhece serem cumulativos os requisitos para a concessão do benefício postulado e "*mostrando infrutífero um deles, torna-se desnecessária a produção de prova para verificar a existência do outro*" (fls. 87).

Na esteira desse entendimento, confira-se a decisão monocrática desta Corte, proferida na Apelação Cível nº 0035661-45.2010.4.03.9999/SP, proc. nº 2010.03.99.035661-1/SP, de relatoria da Des. Fed. Marianina Galante, julgada em 20/10/2010.

De ofício, corrijo o erro material constante da sentença para isentar a recorrente dos ônus de sucumbência, vez que usufrui a assistência judiciária.

Ante o exposto, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso da parte autora, dado que manifestamente improcedente.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00095 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030250-21.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.030250-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : VANIA APARECIDA BOTELHO CHAVES CARVALHO
ADVOGADO : ANDREA MARCIA XAVIER RIBEIRO MORAES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANDREIA DE MIRANDA SOUZA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00086-7 2 Vr CAMPOS DO JORDAO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por VANIA APARECIDA BOTELHO CHAVES CARVALHO em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 19.04.2006) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 91/96, pugnano pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido. Condenou a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00, observando ser beneficiária da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário. Aduz violação aos princípios da reciprocidade das contribuições e da isonomia. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."

(STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária. - Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)
"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.
Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00096 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0030407-91.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.030407-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : CLARICE RIBEIRO ANDRIGO

ADVOGADO : ADALBERTO LUIS SACCANI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANDRE LUIZ BERNARDES NEVES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00002-7 1 Vr ITAJOBÍ/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária que visava a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que a parte autora não logrou êxito em comprovar suas alegações de efetivo exercício de atividade rural pelo período aduzido. Condenada a requerente ao pagamento de custas processuais, observando-se o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim, o exercício de atividade rural pelo período correspondente ao vindicado, a teor do artigo 143 da Lei n. 8.213/91.

Contrarrazões de apelação às fl. 75/78.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 13.07.1951, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 13.07.2006, devendo comprovar 12 anos e 6 meses de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei 8.213/90 para a obtenção do benefício em epígrafe.

A jurisprudência do E. STJ já está firmada no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, embora a autora tenha acostado aos autos cópia a certidão de casamento, celebrado em 25.09.1971 (fl. 13), na qual seu cônjuge fora qualificado como *lavrador*, não restou comprovado o seu labor rural.

Com efeito, a demandante não logrou comprovar o exercício de atividade rural no período anterior à data em que completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, pois embora exista referido documento demonstrando que seu esposo era lavrador, ele conta com registros de trabalho urbano em períodos intercalados entre 2000 e 2008, conforme consta do extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS - em anexo, que descaracterizam a qualificação constante do registro civil apresentado.

Desse modo, embora as testemunhas de fl. 47 e 48 tenham afiançado que conhecem a autora há, aproximadamente, 25 e 30 anos, respectivamente e que ela sempre trabalhou no campo, tais depoimentos resultam fragilizados ante a ausência de início razoável de prova material quanto ao exercício de atividade agrícola.

Conclui-se, portanto, que, no caso dos autos, carece a autora de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando inviabilizada a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, **declaro, de ofício, extinto o presente feito, sem resolução do mérito**, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, **restando prejudicado o apelo da autora**. Não há condenação da requerente ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00097 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031825-64.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.031825-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : MARIA DE LOURDES GEMANO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : SILVIA WIZIACK SUEDAN
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MAURICIO SIGNORINI PRADO DE ALMEIDA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00087-3 3 Vr OLIMPIA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação ordinária, promovida por MARIA DE LOURDES GEMANO DE OLIVEIRA contra INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, que julgou a lide improcedente, condenando a parte autora às custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios fixados em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), observando-se o art. 12 da Lei no 1.060/50.

A apelante pretende a reforma do julgado, aduzindo em suas razões, em síntese, ter laborado e recolhido como empregada doméstica no período de 1o.2.97 a 12.2.99 e de agosto/2008 a janeiro/2009, porém está incapacitada, conforme atestados médicos emitidos por Ortopedista.

Contrarrazões fls. 81/85.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, cumpre anotar que o auxílio-doença está previsto dos artigos 59 ao 64 da Lei no 8.213/91, *in verbis*:

"Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos".

Portanto, é benefício devido ao segurado incapacitado por moléstia que inviabilize temporariamente o desempenho de sua profissão.

Na hipótese de inequívoca impossibilidade de reabilitação do trabalhador, o mesmo deverá ser aposentado por invalidez, sob a égide dos artigos 42 ao 47.

O laudo judicial realizado no dia 28.1.10 atesta Diabetes Mellitus, Hipertensão Arterial, doença crônica degenerativa da coluna lombo-sacra e Tendinite crônica do Tendão de Aquiles, males crônicos que estão sob controle, não lhe suprimindo a capacitação laborativa. Aponta ser a documentação médica apresentada não contemporânea (de 2002 e 2004) e no exame clínico não ficou constatada a ausência da capacidade em tela (fl. 60).

Esclareça-se que não se pode confundir o fato do perito reconhecer as enfermidades sofridas pela pericianda, mas não a inaptidão. Nem toda patologia apresenta-se como incapacitante.

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa do feito nenhum elemento que indique o contrário do afirmado no parecer.

Inexistem provas de labor braçal ou incompatível com seu quadro clínico. Verteu contribuições à Previdência de fevereiro/97, quando já possuía 53 (cinquenta e três) anos, a fevereiro/99 e, quase dez anos depois, de agosto/2008 a janeiro/2009.

Ademais, percebe pensão por morte desde 27.8.84 e a própria recorrente informou ao experto exercer apenas "atividades do lar".

Neste sentido, traz-se a lume:

*Processo:2008.61.27.002672-1 UF:SP Órgão Julgador:DÉCIMA TURMA
Data do Julgamento:16/06/2009 Fonte:DJF3 CJ1 DATA:24/06/2009 PÁGINA: 535
Relator:DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO*

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CAPACIDADE LABORATIVA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, ante a necessidade de formulação de quesitos complementares ou de designação de audiência de instrução e julgamento, a fim de que fosse produzida prova testemunhal e fossem prestados esclarecimentos pelo perito judicial, vez que suficientes os elementos constantes nos autos para o deslinde da matéria.

II - O laudo judicial revela que o autor não apresenta incapacidade laboral, revelando-se inviável a concessão dos benefícios pleiteados.

III - Suficientes os elementos contidos nos autos para o deslinde da matéria, tendo o perito indicado pelo Juízo fornecido respostas claras e objetivas, de modo a esclarecer quanto à capacidade laborativa do requerente, revela-se desnecessária a realização de novo exame médico por profissional especializado, como requer a parte autora.

IV - Não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Preliminar argüida pela parte autora rejeitada. Apelação da parte autora, no mérito, improvida" (g.n.).
(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1407959).

Assim, mantido o r. *decisum* combatido.

Na linha de raciocínio do julgado acima, não há que se falar em ônus de sucumbência pela requerente, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50, torna a sentença um título judicial condicional (RE nº 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação aos encargos sucumbenciais e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se o r. julgado por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00098 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034117-22.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.034117-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : REINALDO LUIS MARTINS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MARIA CRISTINA RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : CASSIA MARTUCCI MELILLO
REPRESENTANTE : ANAI RODRIGUES CORDEIRO
No. ORIG. : 04.00.00171-8 1 Vr RIO CLARO/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação em ação de conhecimento, que tem por objeto condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa deficiente.

O MM. Juízo *a quo*, por considerar preenchidos os requisitos legais, julgou procedente o pedido e condenou a Autarquia a conceder benefício assistencial, a partir da citação, consignando que os valores atrasados deverão ser pagos de uma só vez, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora legais, nos termos do Art. 1º-F, da Lei 9.494/97, a partir da citação, bem como a pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% dos valores em atraso.

Em seu recurso de apelação, o INSS pleiteia a reforma integral da r. sentença, sustentando que o requisito da miserabilidade não restou demonstrado, pois consta do CNIS que o pai da apelada recebe mais de R\$1.600,00 por mês e quando elaborado o relatório social, já ganhava bem mais de mil reais mensais, tendo omitido esse fato à época, induzindo o Juízo a erro. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial aos autos, a redução da verba honorária para o percentual de 5% incidente sobre o valor da condenação, limitado até a data da prolação da sentença e, por derradeiro, prequestiona a matéria debatida.

Subiram os autos, com contrarrazões.

O Ministério Público Federal, no parecer exarado às fls. 167/168, aduz que não restaram satisfeitos os requisitos legais para a concessão do benefício, pois "*as despesas do núcleo familiar mostram-se incompatíveis com a situação socioeconômica de uma família carecedora do benefício assistencial*".

É o relatório. Decido.

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu artigo 20 os requisitos para a concessão do benefício, *verbis*:

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

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

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

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

No presente caso, laudo pericial concluiu que a pericianda, com 07 anos à época, é portadora de Mielomeningocele hidrocefalia e apresenta déficit cognitivo com retardo mental e está incapacitada para o desempenho independente das atividades da vida diária (fls. 86).

Entretanto, é certo que não restou comprovado que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Ressalto que o conceito de família, para efeitos do art. 20, caput, da Lei 8.742/93, é "o conjunto de pessoas elencadas no Art. 16, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto". A entidade familiar, referida no § 1º, do Art. 20, da Lei 8.742/93, conforme redação dada pela Lei 9.720/98, é constituída por pessoas que vivem sob o mesmo teto, desde que se trate de cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, pais, irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

No caso dos autos, a entidade familiar é composta por 05 pessoas, sendo elas a autora, sua mãe, Anai Rodrigues Cordeiro da Silva, seu pai, Arilton da Silva, e os irmãos menores Jhonatam William Rodrigues da Silva e Michael Cordeiro da Silva.

A averiguação social constatou que a família vive em domicílio cedido por parentes, composto por 04 cômodos. A renda familiar informada pela Assistente Social em 27/12/2007, no valor de R\$557,00, era proveniente do salário do genitor. Entretanto, de acordo com as informações constantes do CNIS anexados pela defesa às fls. 132/134, a renda mensal do pai da autora, à época em que realizado o estudo social, no mês de dezembro de 2007, correspondia a R\$1.465,72 e possuíam despesas com energia elétrica (R\$119,00), água (R\$30,00), gás (R\$27,00), alimentação (R\$700,00), farmácia (R\$112,00), telefone (R\$70,00), convênio médico (R\$200,00), transporte (R\$85,00) e 10 parcelas de um micro computador (R\$160,00), que atingiam cerca de R\$1.655,00 mensais e ainda, R\$1.200,00 por ano, referente à compra do aparelho ortopédico e R\$390,00 de um par de goteira ortopédica da autora. Como bem reconhecido pelo I. Representante do Ministério Público Federal, as despesas do núcleo familiar são incompatíveis com a situação socioeconômica de uma família carecedora do benefício assistencial, considerando-se o contexto da realidade brasileira.

Assim, não restou caracterizado o estado de miserabilidade econômica que enseja a concessão do benefício assistencial.

O escopo da assistência social é prover as necessidades básicas das pessoas, sem as quais não sobreviveriam.

Desse modo, ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, eis que o conjunto probatório não revela a hipossuficiência econômica da parte autora, decerto que não faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada do Art. 20, da Lei nº 8.742/93.

Consigno que, com a eventual alteração das condições econômicas, a parte autora poderá formular novamente seu pedido.

Nesse sentido, traz-se a lume :

"ASSISTÊNCIA SOCIAL. AGRAVO RETIDO. COMPETÊNCIA. INTERESSE DE AGIR. MISERABILIDADE NÃO COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA.

- *Omissis.*

- *A assistência social é paga ao portador de deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou tê-la provida pela sua família (CF, art. 203, V, Lei nº 8.742/93, Lei nº 9.720/98 e Lei nº 10.741/03, art. 34).*

- *Havendo provas de que a família possui meios de prover à manutenção da parte autora, resta ausente um requisito legal para a concessão do amparo assistencial, não fazendo jus ao benefício.*

- *Agravo retido improvido, com rejeição da matéria preliminar. Apelação da parte autora improvida."*

(TRF 3ª Região, AC 2007.03.99.044478-1, Des. Fed. Walter do Amaral, Sétima Turma, v.u., DJF3 22.10.2008).

"PREVIDENCIÁRIO. PRESTAÇÃO CONTINUADA. PESSOA IDOSA,. INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO INDEVIDO.

- *Para a concessão do benefício assistencial de que tratam o art. 203, V, da Constituição Federal e a Lei nº 8.742/93, é necessário que o requerente do benefício seja idoso ou incapaz para a vida independente e para o trabalho, sendo indispensável a comprovação de que não possui meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família. A ausência da condição de miserabilidade inviabiliza a concessão do referido benefício. Ressalte-se que o benefício assistencial em questão não é fonte de aumento de renda, mas um meio de prover a subsistência daqueles que necessitam do amparo do Estado, por não possuírem renda própria ou familiares que possam supri-la.*

- *A autora não arcará com o pagamento das verbas de sucumbência por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita. Precedente do STF.*

- *Apelação do INSS provida."*

(TRF 3ª Região, AC 2005.03.99.040569-9, Relator Des. Fed. Galvão Miranda, Décima Turma, v.u., DJU 21.12.2005, página 249).

Destarte, ausentes os requisitos legais para a concessão do benefício assistencial, a improcedência do pedido é medida que se impõe, devendo ser reformada a r. sentença.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, com base no Art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação da Autarquia Previdenciária para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00099 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035040-48.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.035040-2/SP

APELANTE : MARCOS ALVES DANTAS
ADVOGADO : MARIA ANGÉLICA HADJINLIAN SABEH
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALESSANDRA MARQUES DOS SANTOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : OS MESMOS

No. ORIG. : 09.00.00065-7 3 Vr SAO CAETANO DO SUL/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelações em face da r. sentença proferida em ação onde se objetiva a concessão do auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o INSS a pagar ao autor o auxílio-acidente, no valor de 50% do salário de benefício.

Apelou a autarquia pleiteando a reforma integral da r. sentença, julgando totalmente improcedentes os pedidos.

Apelou a parte autora pleiteando a fixação do termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

In casu, versam os presentes autos sobre pedido de concessão de auxílio-acidente ou de aposentadoria por invalidez, decorrente de lesão constante na consulta a comunicação de acidente do trabalho - CONCAT de fls. 18, em ação proposta por Marcos Alves Dantas em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Assim, tratando-se de benefício de natureza acidentária, matéria de competência da Justiça Estadual, e de recurso contra sentença proferida por Juiz Estadual no exame de pedido desse benefício, falece a este Tribunal competência para o julgamento do referido recurso.

Com efeito, já se encontrava sedimentado no E. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de ser da Justiça Estadual a competência para processar e julgar as ações versando sobre benefícios acidentários.

Nesse sentido, cito os precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 109, I, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Para verificação da competência no caso de ações previdenciárias, deve-se considerar a natureza do benefício, se acidentário ou previdenciário, bem como o procedimento adotado para a sua concessão.

2. As ações que versam sobre benefícios previdenciários são de competência da Justiça Federal, ressalvado o disposto no art. 109, § 3º, da Lei Maior. Dessa forma, as ações que envolvam concessão e revisão de pensão por morte, independentemente da circunstância em que o segurado faleceu, devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal.

3. Exceção a esta regra está nas ações acidentárias típicas, envolvendo o trabalhador e a autarquia previdenciária, nas quais há necessidade de prova pericial a ser realizada pelo INSS, o que justifica a manutenção da competência da Justiça Estadual, a teor do art. 109, inciso I, in fine, da Constituição.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no CC 107796/ SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, j. 28/04/2010, DJ 07/05/2010)

"PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. REVISÃO DE BENEFÍCIO DE ÍNDOLE ACIDENTÁRIA. ART. 109, I, e § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. VERBETES SUMULARES 501/STF E 15/STJ.

1. O objetivo da regra do art. 109, I, da Constituição é aproximar o julgador dos fatos inerentes à matéria que lhe está sendo submetida a julgamento.

2. As ações propostas contra a autarquia previdenciária objetivando a concessão e revisão de benefícios de índole acidentária são de competência da Justiça Estadual. Precedentes. Verbetes sumulares 501/STF e 15/STJ.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Acidentes do Trabalho de Porto Alegre/RS, o suscitante."

(CC nº 89174/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, j. 12/12/2007, DJ 01/02/2008)

"CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. COMPETÊNCIA. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.367/76. TRANSFORMAÇÃO EM AUXÍLIO-ACIDENTE.

I - É reiterada a jurisprudência do Col. Supremo Tribunal Federal sobre que "o processo e julgamento das causas acidentárias, em ambas as instâncias, é da Justiça Estadual". Súmula 501-STF.

II - Tendo a Lei 8.213/91 (art. 86, inciso I, na redação original) absorvido o auxílio-suplementar de 20% como auxílio-acidente de 30%, razoável e justo se mostra a transformação do benefício, a contar da data seguinte ao da aposentadoria.

III - Recurso conhecido em parte e, nessa, provido."

(REsp nº 351906/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 21/02/2002, DJ 18/03/2002)

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA ACIDENTÁRIA TRABALHISTA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXCEÇÃO CONTIDA NO ART. 109, I, CF/88. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O artigo 109 da CF, ao estabelecer a regra de competência da Justiça Federal, exclui de seu rol de atribuições o julgamento das causas pertinentes à matéria trabalhista, eleitoral, falências e acidentes do trabalho que foram atribuídas à Justiça do Trabalho, à Justiça Eleitoral e à Justiça Comum Estadual, respectivamente.

II - É irrelevante que o objeto da ação seja a concessão de auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, auxílio-doença acidentário ou reabilitação profissional, haja vista que a competência, firmada em razão da matéria, abrange todos os seus desdobramentos e incidentes, que não perdem a natureza essencial de lide acidentária.

III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AG nº 2005.03.00.064384-8/SP, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 28.08.2006, v.u., DJU 28.09.2006, p. 347)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CF/88, ART. 109, I. SÚMULA STJ 15.

Se o pedido é de restabelecimento de auxílio-doença acidentário e conversão em aposentadoria por invalidez, a Justiça Federal não tem competência para processar e julgar a causa. Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, MCI nº 2007.03.00.052062-0/SP, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, j. 24.07.2007, v.u., DJU 08.08.2007, p. 560)

Por tais fundamentos, **nego seguimento** ao recurso, com fulcro no art. 33, XIII, do RITRF-3ª Região, em razão da incompetência deste Tribunal para julgá-lo, e determino a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00100 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035445-84.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.035445-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOSE WEDEKIM

ADVOGADO : ELIANE REGINA MARTINS FERRARI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : KARINA BRANDAO REZENDE DE OLIVEIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00191-0 1 Vr BURITAMA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por Jose Wedekin em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de cônjuge da *de cuius*, com óbito ocorrido em 11.07.2009.

O juízo *a quo* julgou improcedente a ação e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa, observando-se o artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Em razões recursais, a parte autora sustenta que a falecida fazia jus ao benefício de aposentadoria rural por idade quando lhe foi concedido o benefício de amparo assistencial, razão pela qual tem direito ao benefício de pensão por morte.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Da análise dos autos, verifica-se que embora tenha sido requerida na inicial a realização de prova oral, o juízo *a quo* julgou antecipadamente o feito sem determinar a oitiva das testemunhas.

Contudo, no tocante à qualidade de segurado, embora a falecida recebesse amparo previdenciário idade - trab. rural (NB 094.477.113-0 - fls. 28), que cessa com a morte do beneficiário, nos termos do artigo 21, § 1º, da Lei nº 8.742/93, e que, portanto, não gera direito ao pagamento de pensão aos seus dependentes, observa-se que o beneficiário não perde o direito à pensão por morte quando a falecida tinha, na verdade, direito à aposentadoria por invalidez ou idade e o INSS lhe concedeu de forma equivocada o benefício assistencial. Nestes termos, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRA. TRABALHADOR RURAL QUE RECEBIA LOAS. DIREITO A APOSENTADORIA POR IDADE. QUALIDADE DE SEGURADO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO.

I - (...).

II - O fato de o falecido ter recebido benefício assistencial ao idoso não impede a concessão de pensão por morte aos seus dependentes, quando restar comprovado que o extinto, na realidade fazia jus ao recebimento de aposentadoria por idade na ocasião da equivocada concessão do benefício assistencial. Qualidade de segurado comprovada.

III - (...).

VIII- Apelação do INSS parcialmente provida.

(AC 2007.03.99.001219-4, Rel. Juiz Fed. Conv. David Diniz, 10ª T., j. 15.07.2008, DJF3 20.08.2008)

PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. TRABALHADOR RURAL FALECIDO QUE RECEBIA BENEFÍCIO ASSISTENCIAL QUANDO, NA REALIDADE, FAZIA JUS À APOSENTADORIA POR IDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE AOS DEPENDENTES. TERMO INICIAL. VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA. IMEDIATA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. Considerado o valor do benefício, o termo estabelecido para o seu início e o lapso temporal que se registra de referido termo até a data da sentença, não se legitima o reexame necessário, uma vez que o valor da condenação não excede o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, estabelecido pelo § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

2. O fato de o "de cuius" ter recebido o benefício de amparo social para pessoa portadora de deficiência não impede a concessão de pensão por morte aos seus dependentes, quando restar comprovado que o extinto, na realidade, fazia jus ao recebimento de aposentadoria por idade, na ocasião da concessão equivocada de benefício assistencial.

3. Em se tratando de trabalhador rural, é suficiente para a comprovação da qualidade de segurado a existência de início de prova material da atividade rural, corroborado por prova testemunhal, na forma do artigo 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91 e em consonância com o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 149 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Comprovada a condição de esposa do "de cuius", a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º artigo 16 da Lei n.º 8.213/91.

5. Presentes os requisitos previstos no artigo 74, caput, da Lei n.º 8.213/91, é devido o benefício de pensão por morte.

6. Não ocorrendo nenhuma das situações previstas nos incisos I a III do artigo 74 da Lei n.º 8.213/91, o termo inicial do benefício é a data da citação, pois desde então o Instituto foi constituído em mora, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

7. Honorários advocatícios mantidos em 15% (quinze por cento), incidindo, entretanto, apenas sobre as parcelas devidas até a data da sentença, em consonância com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

8. Reexame necessário não conhecido. Apelação do INSS parcialmente provida.

(AC 2005.03.99.012400-5, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, 10ª T., j. 10.05.2005, DJU 08.06.2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE - RURÍCOLA BENEFICIÁRIO DE RENDA MENSAL VITALÍCIA - DIREITO, À ÉPOCA, AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR IDADE - CONCESSÃO EQUIVOCADA - RECONHECIMENTO DO DIREITO À PENSÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA III DO STJ. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONCESSÃO DE OFÍCIO.

I. Na certidão de óbito, o falecido foi qualificado como pensionista, por receber do INSS o benefício nº 82556122-1, espécie 30, ou seja, renda mensal vitalícia. Tal benefício, como é sabido, não gera direito a qualquer outra prestação da Previdência Social. Todavia, o fato de o benefício recebido pelo de cuius não ensejar, a princípio, pensão por morte, no caso, não tem o condão de implicar em óbice à concessão do benefício pleiteado na exordial, haja vista que o falecido já possuía as condições necessárias para obter aposentadoria rural por idade na época em que lhe foi deferida

a renda mensal vitalícia, conforme se depreende do início de prova material, corroborado pela prova testemunhal os quais se mostraram aptos a tal comprovação.

II. Com efeito, o de cujus completou 60 anos em 1990, portanto, em data anterior à vigência da Lei 8213/91, época em que os benefícios previdenciários dos rurícolas eram regulados pela Lei Complementar nº 11/71, que continha dispositivos que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, dentre os quais o art. 4º, que estabelecia a idade mínima de 65 anos para a concessão de aposentadoria por velhice aos rurícolas. Com o advento da nova Ordem Constitucional, a idade mínima para os trabalhadores rurais passou a ser de 60 anos para os homens, nos termos do art. 202, I, atual art. 201, § 7º, II, com as alterações introduzidas pela EC 20/98. Também o dispositivo legal que estabelecia como condição a situação de chefe ou arrimo de família (LC 11/71, art. 4º, § único) não encontrou amparo constitucional. Conclui-se, portanto, da análise dos referidos textos legais, que para a concessão do benefício de aposentadoria por idade, à época, a idade mínima exigida era de 60 anos para trabalhadores rurais, e a carência era a expressa no artigo 5º da Lei Complementar nº 16/73, nos seguintes termos: "A caracterização da qualidade de trabalhador rural, para efeito da concessão das prestações pecuniárias do PRORURAL, dependerá da comprovação de sua atividade pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício, ainda que de forma descontínua".

III. Entendo, portanto, que o benefício de renda mensal vitalícia foi concedido equivocadamente pela autarquia, uma vez que ao falecido seria cabível o deferimento da aposentadoria, razão pela qual é devida à viúva a pensão por morte.

IV. Na qualidade de esposa, a dependência econômica da autora é presumida, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e parágrafo 4º, da Lei 8.213/91.

V. Nas ações que versam sobre benefícios previdenciários, a base de cálculo dos honorários advocatícios deve abranger somente a soma das parcelas vencidas até a prolação da sentença, conforme entendimento do E. STJ (Súmula 111 - STJ).

VI. Presentes os requisitos do art. 461, § 3º, CPC, é de ser deferida a antecipação de tutela, para permitir a imediata implantação do benefício postulado na presente ação.

VII. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação improvida.

(AC 2002.03.99.020271-4, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 9ª T., j. 08.11.2004, DJU 13.01.2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. RENDA MENSAL VITALÍCIA. QUALIDADE DE SEGURADO DO "DE CUJUS" NÃO CONFIGURADA.

I - Comprovada nos autos a condição de esposa, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

II - Tendo em vista que o "de cujus" gozava do benefício de renda mensal vitalícia, benefício este de caráter pessoal e intransferível, os dependentes não fazem jus ao benefício de pensão por morte.

III - Os dependentes do falecido somente poderão postular o benefício de pensão por morte em ação própria, mediante comprovação de que o "de cujus" fazia jus a benefício de natureza previdenciária (aposentadoria por idade ou invalidez).

IV - Apelação da autora desprovida.

(AC 2002.03.99.010182-0, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2004, DJU 13.09.2004)

Com isso, observa-se que, nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, para comprovação da atividade rurícola não basta a prova exclusivamente testemunhal com o fim de obtenção de benefício previdenciário. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

In casu, verifica-se a presença de início razoável de prova material da condição de trabalhador rural da de cujus (fls. 09/10), que não foi corroborado pela prova oral, nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não foi dada a oportunidade de produção de prova testemunhal.

Posto isso, resta evidente que é indispensável a realização da oitiva de testemunhas e, não tendo sido determinada a sua realização com vistas a comprovar a atividade rural da falecida por tempo suficiente para garantir o seu direito à aposentadoria por idade quando lhe foi concedido o benefício assistencial e, conseqüentemente, comprovar a sua qualidade de segurada para a concessão do benefício de pensão por morte, resta caracterizada a infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a todos assegurado como direito fundamental (CF, art. 5º, LV), verificando-se in casu a presença de nulidade processual insanável.

Por conseguinte, é de ser decretada a nulidade da r. sentença, devendo os autos serem remetidos ao Juízo a quo a fim de que proceda à devida oitiva das testemunhas e tenha o feito regular prosseguimento. Confira-se entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. RURAL. VIOLAÇÃO AO ART. 330, I, DO CPC. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que a Turma Julgadora não proferiu nenhum juízo de valor concernente ao art. 245 do CPC, o que implica ausência de prequestionamento, atraindo, assim, a incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. O julgamento antecipado da lide para julgar improcedente o pedido, como pleiteado pelo recorrente, também implicaria cerceamento de defesa, uma vez que o Juiz a quo impediu a produção da prova oportunamente requerida pela autora, por meio da qual pretendida comprovar seu direito.

3. Tendo o Tribunal de origem firmado o entendimento no sentido de que seria imprescindível dar oportunidade à autora, ora recorrida, de produção de prova, rever tal posicionamento demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Dissídio jurisprudencial não comprovado, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma.

5. Recurso especial conhecido e improvido.

(Resp nº 449308, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 14.11.2006, v.u., DJ 14.12.2006)

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA.

O julgamento antecipado da lide, na hipótese em que se faz necessária a produção de provas em audiência, a fim de esclarecer fatos relevantes ao deslinde da causa, caracteriza-se como cerceamento de defesa.

Recurso provido.

(Resp nº 315935, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 19.06.2001, v.u., DJ 20.08.2001)

Cerceamento de defesa.

Caracteriza-o pelo julgamento antecipado da lide quando havia circunstâncias que poderiam ser esclarecidas mediante a produção de prova oral.

(Resp nº 224382, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 28.09.1999, v.u., DJ 29.11.1999)

JULGAMENTO ANTECIPADO. Cerceamento de defesa. Hipótese em que a causa exigia a produção de provas.

Recurso conhecido e provido.

(Resp nº 220002, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 31.08.1999, v.u., DJ 25.10.1999)

Decidiu também esta Corte:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. SENTENÇA ANULADA.

1- A dependência econômica dos pais deve ser comprovada, nos termos do artigo 16, inciso II e § 4º, da Lei n.º 8.213/91.

2- A ausência da oitiva de testemunhas, -quando necessária para a análise da matéria de fato-, ocasiona inequívoco prejuízo e, em consequência, evidente cerceamento do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

3- Sentença anulada de ofício. Prejudicada a apelação do INSS.

(AC nº 2005.03.99.050648-0, Rel. Des. Federal Nelson Bernardes, 9ª T., j. 02.04.2007, DJU 26.04.2007)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PROVA TESTEMUNHAL NÃO COLHIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado no sentido de que testemunhos coerentes e idôneos merecem crédito, no tocante à demonstração da dependência econômica dos pais em relação aos filhos, uma vez que nem a lei nem o regulamento da Previdência Social exigem que a dependência econômica dos pais em relação aos filhos seja comprovada por início de prova documental, tal como ocorre para a demonstração do tempo de serviço.

2. Caracteriza cerceamento ao direito de defesa da parte autora, a não produção de prova testemunhal requerida na inicial, de forma a evidenciar o cumprimento ou não dos requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte, previsto no artigo 74, e seguintes da Lei n.º 8.213/91.

3. Embora o sistema processual civil vigente adote o princípio dispositivo, cuja premissa central pauta-se na iniciativa das partes, não competindo ao magistrado tomar iniciativas probatórias, é certo que o próprio Código de Processo Civil contém disposições que conduzem à mitigação dos rigores do referido princípio, tais como a imposição ao juiz de promover o equilíbrio entre as partes no processo, assegurando-lhes a igualdade de tratamento (artigo 125, inciso I, do CPC), assim como a autorização de inquirir, ainda que de ofício, as testemunhas referidas nas declarações de partes ou de outras testemunhas (artigo 418, inciso I, do CPC), dentre outras, aliadas ao amplo poder garantido pelo livre convencimento motivado (artigo 131 do CPC).

4. Não resta comprometida a imparcialidade do juiz que busca, com iniciativas próprias, suprir as deficiências probatórias das partes, instruindo melhor a causa a fim de obter todos os elementos necessários que permitam concluir se o pedido inicial procede ou não, pois tais intervenções visam a efetividade da garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, caput, da CF).

5. A sentença deve ser anulada e os autos devolvidos à Vara de origem, cabendo ao Magistrado de 1ª Instância, antes de proferir novo julgamento, prosseguir com a instrução do feito, notadamente para a realização da oitiva das testemunhas.

6. Apelação da parte autora provida.

(AC nº 2001.61.14.003321-4, Rel. Des. Federal Galvão Miranda, 10ª T., j. 08.11.2005, DJU 23.11.2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ARTIGOS 74 E SEGUINTE DA LEI 8.213/91. TRABALHADOR RURAL. PROVA TESTEMUNHAL NÃO COLHIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Caracteriza cerceamento ao direito de defesa da parte autora, a não produção de prova testemunhal requerida na inicial, de forma a evidenciar o cumprimento ou não dos requisitos exigidos para a concessão do benefício de pensão por morte.

2. A sentença deve ser anulada e os autos devolvidos à Vara de origem, cabendo ao Magistrado de 1ª Instância, antes de proferir novo julgamento, prosseguir com a instrução do feito, notadamente para a realização da oitiva das testemunhas.

3. Apelação da parte autora provida para anular a sentença. Agravo retido do INSS prejudicado.

(AC nº 2005.03.99.022934-4, 10ª T., Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 28.06.2005, DJU 20.07.2005)

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - SENTENÇA ANULADA. APELAÇÃO PREJUDICADA.

- Há que ser anulada a sentença que, julgando o processo no estado em se encontra, não concedeu oportunidade de produção de prova testemunhal protestada pela parte autora.

- Preliminar argüida. Apelação prejudicada.

- Sentença anulada.

(AC nº 2001.03.99.049494-0, 7ª T., Rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 13.09.2004, DJU 04.11.2004)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - PRELIMINAR ACOLHIDA.

1. Não há elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador, havendo nulidade da sentença que julgou antecipadamente a lide.

2. A matéria posta nos autos do processo é de natureza fática, estando a exigir dilação probatória. Considerando-se que a autora trouxe aos autos rol de testemunhas para demonstrar a condição de companheira do segurado falecido, deveria ter sido determinada a oitiva daquelas.

3. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida para anular a sentença, devendo os autos retornarem ao Juízo de origem visando à produção da prova oral, com regular processamento do feito em seus ulteriores termos.

4. Recurso parcialmente provido.

(AC nº 2000.03.99.000109-8, 9ª T., Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 08.03.2004, DJU 20.05.2004)

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, anulo, de ofício, a r. sentença e determino o retorno dos autos ao Juízo de origem para oitiva de testemunhas, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos, restando prejudicada a apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00101 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035664-97.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.035664-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : LUIZ MIGUEL NAZATO

ADVOGADO : MAICIRA BAENA ALCALDE PEREIRA DE SOUSA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LIVIA MEDEIROS DA SILVA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00113-9 2 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por LUIZ MIGUEL NAZATO em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 11.07.2008) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 22/28, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, suspenso por ser beneficiária da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Requer o provimento do apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a argüição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea

"a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência .

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00102 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035698-72.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.035698-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : JOAO DONIZETI CESARIO
ADVOGADO : HELTON ALEXANDRE GOMES DE BRITO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELISE MIRISOLA MAITAN
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00141-0 2 Vr GUARARAPES/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOAO DONIZETI CESARIO em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 31.08.2009) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 27/32, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das verbas de sucumbência, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)
4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)
5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.
6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

- I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
- II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.
- IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
- V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
- VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.
- VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.
- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.
- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).
- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- Agravo legal desprovido."
(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.
IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.
V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.
(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.
2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.
3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00103 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037041-06.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037041-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JESUINO LEANDRO DOS SANTOS

ADVOGADO : EVELISE SIMONE DE MELO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FABIANA CRISTINA CUNHA DE SOUZA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00082-8 1 Vr LIMEIRA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo autor em face da r. sentença proferida em ação onde se objetiva a concessão da aposentadoria por invalidez.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o autor aos ônus de sucumbência, observada a Lei nº 1.060/50.

Apelou a parte autora pleiteando a concessão da aposentadoria por invalidez, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

Em conseqüência, é indispensável para o deslinde da questão vertida nestes autos a prova da qualidade de segurado e do cumprimento do período de carência, bem como da existência de incapacidade para o trabalho, nos termos dos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

No tocante à presença da moléstia incapacitante, consta do laudo médico pericial de fls. 69/70 que o autor é portador de hipertensão arterial sistêmica não incapacitante.

No entanto, observa-se do atestado médico de fls. 15 que o autor apresenta miocardiopatia hipertensiva dilatada, patologia que, embora possivelmente incapacitante, não foi avaliada pelo perito judicial.

Assim, sendo omissa a prova pericial realizada, e não havendo nos autos elementos suficientes à comprovação cabal dos pressupostos que autorizam a concessão do benefício pleiteado, resta caracterizada a negativa da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (CF, art. 5º, XXXV), e cerceamento de defesa, em virtude da produção deficiente de prova indispensável à constatação da incapacidade da parte autora, inclusive por força do que dispõe o artigo 130 do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO MÉDICO PERICIAL. CONTRARIEDADE. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

I - O laudo médico pericial realizado não se mostra apto ao deslinde da matéria, vez que apresenta-se contraditório em cotejo às demais provas carreadas aos autos.

II - A prova pericial é indispensável para o deslinde da questão posta em Juízo, impondo-se a anulação da r. sentença, a fim de que seja realizada nova perícia.

III - Determinado o retorno dos autos ao Juízo de origem para elaboração de nova perícia e novo julgamento.

Apelação da parte autora prejudicada."

(TRF 3ª Reg., AC nº 2007.03.99.000393-4/SP, Rel. Desemb. Fed. Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 17.08.2007, v. u., DJU 29.08.2007)

Ante o exposto, anulo, de ofício a r. sentença e, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, dou por prejudicada a apelação da parte autora, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para produção de prova pericial, preferencialmente com médico cardiologista, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00104 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037991-15.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037991-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : MARIA ELENA LOMBARDI GOMES

ADVOGADO : ADILSON CEZAR BAIÃO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ODAIR BISSACO JUNIOR

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 10.00.00006-3 1 Vr PORTO FERREIRA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação previdenciária, através da qual objetiva a parte autora a revisão do benefício previdenciário que deu origem à sua pensão por morte, mediante a aplicação do índices do IGP-DI (10,91%) e do INPC (7,73%) em substituição ao aplicado administrativamente pelo réu no mês de junho de 2001 (7,66%). O autor foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais), com a ressalva do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

A parte autora, em suas razões de inconformismo, alega que os benefícios concedidos após o advento da Lei nº 9.032/95 devem ter seus coeficientes de cálculo majorados para 100% do salário-de-benefício.

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

Após breve relatório, passo a decidir.

As razões recursais não guardam sintonia com os fundamentos apresentados pela decisão recorrida.

Com efeito, o demandante pugna pela revisão da renda mensal inicial de sua pensão por morte, mediante a majoração do respectivo coeficiente de cálculo para 100% do salário-de-benefício.

Entretanto, a sentença julgou improcedente o pedido, por entender que a aplicação dos critérios legais de reajustamento dos benefícios aplicados pelo INSS não acarretou ofensa às garantias de irredutibilidade das benesses e preservação de seu valor real.

Assim, não se atendeu a um dos princípios genéricos que informam o sistema recursal, qual seja, o princípio da dialeticidade.

Desta forma, tem-se ofensa à regularidade formal do recurso (art. 514 do CPC), requisito extrínseco (pressuposto objetivo) de sua admissibilidade.

Nesse sentido já decidiu esta E. Corte:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL - REVISÃO DE BENEFÍCIO - RAZÕES DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA.

I- Não é de se conhecer do recurso cujas razões trazidas pelo recorrente estão divorciadas da fundamentação expendida na r. sentença recorrida.

II- Recurso(s) do autor que não se conhece.

(Relator Des. Fed. Roberto Haddad, v.u., publicado no DJU de 1º de agosto de (AC nº 1999.03.99.118689-2, 1ª Turma, 2000, p. 223)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO INFIRMA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DO STJ. ANALOGIA.

I - Em respeito ao princípio da dialeticidade, os recursos devem ser fundamentados. É necessária a impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida. Na hipótese, as alegações veiculadas pela agravante estão dissociadas das razões de decidir, atraindo a aplicação, por analogia, da Súmula nº 182 do STJ.

II - Agravo regimental não conhecido.

(AgRg nos EDcl no REsp 749.048/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 21/11/2005 p. 157)

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **não conheço da apelação da parte autora.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00105 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038178-23.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.038178-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : CARLOS ROBERTO DIAS BARBOZA

ADVOGADO : VANESSA CRISTINA DO NASCIMENTO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : EDGARD PAGLIARANI SAMPAIO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00025-3 3 Vr FERNANDOPOLIS/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação previdenciária, através da qual busca a parte autora a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição de que é titular, considerando os salários-de-contribuição apurados em razão de decisão proferida em ação trabalhista. O demandante foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), observado o artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Em suas razões recursais, requer a parte autora o recálculo da renda mensal inicial de sua jubilação, considerando a nova relação de salários-de-contribuição, emitida pelo ex-empregador por força da decisão judicial proferida em contenda trabalhista, ao argumento de que as correções aplicadas em seqüência ao benefício devem incidir sobre a renda mensal inicial e não sobre o valor do teto.

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

Após breve relatório, passo a decidir.

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário, através da qual o postulante objetiva o recálculo da renda mensal inicial de sua aposentadoria por tempo de contribuição, com o conseqüente pagamento das diferenças apuradas, considerando a nova relação de salários-de-contribuição, emitida pelo ex-empregador por força de decisão judicial proferida em contenda trabalhista.

O autor, após a sua jubilação, obteve êxito em ação trabalhista, na qual foi reconhecido seu direito a horas extras e reflexos, além de outras diferenças salariais (fl. 19/63 e 87).

Cumpra esclarecer que o salário-de-benefício da jubilação da parte autora foi calculado, inicialmente, com base nos documentos apresentados quando do requerimento administrativo de concessão da benesse (31.05.1999 - fl. 17/18), salientando que os salários-de-contribuição que compuseram o período-básico-de-cálculo foram considerados sem o acréscimo ora pretendido.

Em tese, considerando o êxito do segurado nos autos da reclamatória trabalhista, teria ele direito ao recálculo da renda mensal inicial de sua aposentadoria, uma vez que os salários-de-contribuição do período-básico-de-cálculo restaram majorados em seus valores.

Entretanto, tais alterações salariais referem-se a período posterior a abril de 1995, cujo recolhimento aos cofres da Previdência Social deveriam ter ocorrido a partir de maio de 1995. Ocorre que, a partir de maio de 1995, foram utilizados, para apuração da renda mensal da jubilação do autor, valores correspondentes ao teto máximo (fl. 17/18), de modo que qualquer valor excedente não deve ser considerado.

Por essa razão, o reconhecimento do direito do demandante na ação trabalhista não tem como acarretar qualquer efeito prático no cálculo da aposentadoria de que é titular.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Não há condenação aos ônus sucumbenciais, por ser o demandante beneficiário da justiça gratuita.

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00106 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038576-67.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.038576-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : EDIS MARTINS DE OLIVEIRA

ADVOGADO : RENATA BARRETO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CAROLINE AMBROSIO JADON
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00146-7 4 Vr SUZANO/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação previdenciária, através da qual objetiva a parte autora a revisão de benefício previdenciário, mediante a aplicação de índices de correção monetária que melhor reflitam as perdas inflacionárias. Os autores foram condenados solidariamente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), com a ressalva do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

A parte autora, em suas razões de inconformismo, alega que os índices utilizados para reajustamento dos benefícios foram insuficientes para preservar seu poder aquisitivo.

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

Após breve relatório, passo a decidir.

O artigo 201, § 2º, da Constituição da República, em sua redação original, estabelece que os benefícios de prestação continuada deveriam ter seus valores reais preservados, *in verbis*:

Art. 201:

§ 2º - É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Cabe aqui explicitar que referido parágrafo restou renumerado através da Emenda Constitucional nº 20/98, passando, então, a ser a redação do § 4º de tal dispositivo constitucional.

Cumprir assinalar que essa proteção, garantida constitucionalmente, visava resguardar o valor nominal do benefício, não se constituindo, entretanto, em aparato contra os efeitos da inflação.

Destarte, com a edição da Lei nº 8.213/91, referidos critérios restaram definidos, já que em seu artigo 41 (redação original), foi estabelecido que os benefícios seriam reajustados com base na variação integral do INPC:

Art.41 - O reajustamento dos valores de benefícios obedecerá às seguintes normas:

I - (...)

II - Os valores do benefício em manutenção serão reajustados, de acordo com suas respectivas datas de início, com base na variação integral do INPC, calculado pelo IBGE, nas mesmas épocas em que o salário mínimo for alterado, pelo índice da cesta básica ou substituto eventual.

Com a edição da Lei nº 8.542/92, fixou-se os critérios de reajuste dos benefícios de prestação continuada, estabelecendo o IRSM como fator de reajuste, consoante se verifica de seu artigo 9º, § 2º, restando, assim, revogado o uso mencionado § 2º do artigo 41 da Lei nº 8.213/91, conseqüentemente, não mais se utilizaria o INPC, Confira:

Art. 9º - A partir de maio de 1993, inclusive, os benefícios de prestação continuada da Previdência Social terão reajuste quadrimestral pela variação acumulada do IRSM, sempre nos meses de janeiro, maio e setembro.

.....

§ 2º - A partir da referência janeiro de 1993, o IRSM substitui o INPC para todos os fins previstos nas Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.

Posteriormente, foi editada a Lei 8.700/93, a qual alterou os critérios previstos na Lei nº 8.542/92, mantendo, outrossim, o IRSM como índice de reajuste, estando em consonância ao que dispunha o artigo 201, § 2º, da Constituição da República (em sua redação original), ou seja, a manutenção do valor real do benefício.

Sobreveio, então a Lei n 8.880/94, que instituiu o IPC-r como fator de reajuste previdenciário, seguindo-se com a aplicação da Medida Provisória nº 1.415/96, convertida na Lei nº 9.711/98, que consagrou o IGP-DI como indexador oficial dos benefícios previdenciários, seguindo-se com os demais índices supervenientes.

Dessa forma, temos que os índices oficiais de reajuste dos benefícios previdenciários estabelecidos por lei não violaram ao estatuído na Carta Magna, os quais garantiram a preservação de seus valores reais.

Confira-se, pois, o aresto que ora transcrevo, assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO - REVISÃO - RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DE ÍNDICES LEGAIS - MANUTENÇÃO DO VALOR REAL - INPC E SUCEDÂNEOS LEGAIS.

- Divergência jurisprudencial comprovada. Inteligência do art. 255 e parágrafos do RISTJ.

- A adoção dos índices legais pelo INSS assegura a irredutibilidade do valor dos benefícios e preservam seu valor real.

- Após a edição da Lei 8.213/91, o modo de cálculo dos reajustes previdenciários obedece aos critérios fixados no seu art. 41, II, aplicando-se o INPC, e posteriores índices, definidos nas leis subseqüentes (IRSM, IPC-r IGP-DI).

- Recurso conhecido e provido.

(STJ; RESP 310367; 5ª Turma; Relator Ministro Jorge Scartezini; p. 17.09.2001, pág. 188)

A consagrar o entendimento de que não houve violação aos princípios constitucionais contidos no artigo 201, § 4º (redação anterior do § 2º), da Lei Maior, o Colendo Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO - REAJUSTE - ARTIGO 201, § 4º, DA CARTA MAGNA.

1. A adoção do INPC como índice de reajuste dos benefícios previdenciários, não ofende a norma do artigo 201, § 4º, da Carta de Outubro.

2. Agravo Regimental prejudicado, no tocante à apreciação da liminar e, no mérito, provido, em razão do que decidido em Sessão Plenária, no julgamento da RE 376.846, Relator Ministro Carlos Velloso.

(STF; RE 376145 AgR; 1ª Turma; Relator Ministro Carlos Britto; p. 28.11.2003)

Dessa feita, a pretensão do autor quanto à aplicação de outro índice não guarda qualquer amparo jurídico, uma vez que, ao contrário do alegado, não houve ofensa ao direito adquirido de vez que, com a edição da Medida Provisória nº 1415/96, em seu artigo 2º, foi eleito o IGP-DI como indexador oficial dos benefícios previdenciários, ocorrendo, assim, a expressa revogação do INPC como fator de reajuste a partir de maio de 1996.

Ademais, o artigo 8º da Medida Provisória nº 1415/96 estabeleceu que a partir da referência maio de 1996 o Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna - IGP-DI, apurado pela Fundação Getúlio Vargas, substitui o INPC para os fins previstos no § 6º do art. 20 e no § 2º do art. 21, ambos da Lei nº 8.880/94. De outra parte, o artigo 10 do mesmo texto legal revogou o artigo 29 da Lei nº 8880/94, o qual instituía o IPC-r como fator de reajuste dos benefícios.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO - REVISÃO - RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DE ÍNDICES LEGAIS - MANUTENÇÃO DO VALOR REAL - INPC - IGP-DI - REAJUSTE NO PERÍODO DE MAIO/95 A ABRIL/96.

- Divergência jurisprudencial não comprovada. Inteligência do art. 255 e parágrafos do RISTJ.

- A adoção dos índices legais pelo INSS asseguram a irredutibilidade do valor dos benefícios e preservam seu valor real.

- O critério de reajuste, aplicado no cálculo dos benefícios previdenciários em maio/96, instituiu o IGP-DI como índice revisor. Precedentes.

- Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ; RESP 277230; 5ª Turma; Relator Ministro Jorge Scartezini; DJ 10.09.2001, pág. 410)

Entretanto, quando do advento da Lei nº 9.711/98, restou estabelecido que os benefícios previdenciários seriam reajustados, em junho de 1997, pelo índice de 7,76% (artigo 12) e 4,81% em junho de 1998 (artigo 15), descabendo, portanto, falar-se na aplicação do IGP-DI apurado pela Fundação Getúlio Vargas, seguindo-se, outrossim, com os demais índices prefixados pelas Medidas Provisórias nºs 1572-1/97, 1824/99, 2002/00 e Decreto 3826/01, para as competências de 06/99, 06/2000 e 06/2001 e 06/2002, os quais não causaram afronta à garantia constitucional da preservação do valor real dos benefícios, prevista no artigo 201, § 4º, da Lei Maior.

A propósito, transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. IGP-DI. INAPLICABILIDADE EM PERÍODOS NÃO PREVISTOS LEGALMENTE.

I - Inexiste amparo legal para que seja aplicado o IGP-DI nas competências de 06/97, 06/99, 06/00 e 06/01, porquanto para esses períodos os critérios definidos foram determinados pelas MP 1572-1/97, MP 1824/99, MP 2022/00 e Decreto 3826/01, respectivamente (Precedentes do STF - RE 376846).

II - Apelo do INSS e reexame necessário providos.

III - Sentença reformada.

(TRF 3ª Região; AC 957265; 9ª Turma; Relatora Des. Fed. Marianina Galante; DJ de 14.10.2004, pág. 352)

Outrossim, referida matéria já se encontra pacificada no âmbito do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS: REAJUSTE: 1997, 1999, 2000 E 2001. LEI 9.711/98, ARTS. 12 E 13; LEI 9.971/2000, §§ 2º E 3º DO ART. 4º; MED. PROV. 2.187-13, DE 24.8.01, ART. 1º; DECRETO 3.826, DE 31.5.01, ART. 1º. C.F., ART. 201, § 4º.

I.- Índices adotados para reajustamento dos benefícios: Lei 9.711/98, artigos 12 e 13; Lei 9.971/2000, §§ 2º e 3º do art. 4º; Med. Prov. 2.187-13, de 24.8.01, art. 1º; Decreto 3.826/01, art. 1º: inocorrência de inconstitucionalidade.

II.- A presunção de constitucionalidade da legislação infraconstitucional realizadora do reajuste previsto no art. 201, § 4º, C.F., somente pode ser elidida mediante demonstração da impropriedade do percentual adotado para o reajuste. Os percentuais adotados excederam os índices do INPC ou destes ficaram abaixo, num dos exercícios, em percentual desprezível e explicável, certo que o INPC é o índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata, basicamente, a variação de preços do setor empresarial brasileiro.

III.- R.E. conhecido e provido.

(STF; RE 376846/SC; Relator: Min. Carlos Veloso; julg: 24/09/2003; Tribunal Pleno; DJ de 02-04-2004 PP-00013)

No que pertine ao reajuste de maio de 1996 no percentual de 20,05% referente ao INPC acumulado no período de maio/95 a abril/96, não guarda qualquer amparo jurídico a pretensão dos autores, uma vez que, ao contrário do alegado, não houve ofensa ao direito adquirido a sua não incidência, de vez que, com a edição da Medida Provisória nº 1415/96, em seu artigo 2º, foi eleito o IGP-DI como indexador oficial dos benefícios previdenciários, ocorrendo, assim, a expressa revogação do INPC como fator de reajuste a partir de maio de 1996.

Dessa feita, não guarda direito ao segurado em pleitear percentuais não previstos na lei, não cabendo, ainda, ao judiciário dispor acerca dos índices a serem utilizados nos reajustes dos benefícios.

Por conseguinte, aplicável no caso em espécie, o disposto no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nestes termos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo (...)

Dessa forma, razão alguma assiste à parte autora em suas pretensões, uma vez que não restou evidenciada qualquer afronta ao princípio constitucional da irredutibilidade dos valores dos benefícios, dispensando-se, assim, a submissão do julgamento à Turma, cabendo, o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00107 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038797-50.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.038797-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : CILENE SOBRAL PICOLO CALDATO

ADVOGADO : TIAGO MATIUZZI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : WAGNER DE OLIVEIRA PIEROTTI
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00034-8 3 Vr SALTO/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), custas e despesas processuais, nos termos do disposto na lei de assistência judiciária gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 01.12.1984, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença, ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos, respectivamente, nos art. 59 e 42 da Lei 8.213/91 que dispõem:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo pericial, elaborado em 25.02.2010 (fl. 93/95), revela que a autora é portadora de sinais e sintomas compatíveis com quadro de artralgia de ombros e mialgia de membros superiores, sem alterações ao exame físico sugestiva de incapacidade, encontrando-se apta para realizar suas atividades laborais habituais. O perito asseverou que a autora não apresenta limitações do arco de movimento de ambos os membros superiores e inferiores e força muscular preservada.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa da autora, a justificar a concessão de quaisquer dos benefícios em comento, a qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que a autora venha a pleitear quaisquer dos benefícios em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00108 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0038811-34.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.038811-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : LIDIA MANSUR RAMOS

ADVOGADO : LICELE CORREA DA SILVA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DANIEL DE FREITAS TRIDAPALLI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00108-9 1 Vr PIEDADE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por LIDIA MANSUR RAMOS em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 18.10.2000) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 32/39, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, deixando de condenar a parte autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, do CPC. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."

(STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

*I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.*

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária. - Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.

Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.
 2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.
 3. Apelação da parte autora não provida."
- (AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00109 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039661-88.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039661-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : DORIVAL DA SILVA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : FERNANDO CARDOSO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : EDGARD DA COSTA ARAKAKI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00228-4 1 Vr POA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação previdenciária, em que objetiva a parte autora a revisão da renda mensal do benefício de que é titular, mediante a inclusão da variação do IRSM relativo ao mês de fevereiro de 1994 (39,67%), na correção monetária dos salários-de-contribuição. O demandante foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), cuja exigibilidade restou suspensa, por ser beneficiário da justiça gratuita. Não houve condenação em custas.

Em suas razões recursais, alega a parte autora que faz jus à aplicação do índice IRSM de fevereiro de 1994 na atualização de seus salários-de-contribuição.

Com contra-razões, vieram os autos a esta E.Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Os salários-de-contribuição utilizados no cálculo da renda mensal inicial devem ser corrigidos com a inclusão da variação do IRSM (39,67%) apurado no mês de fevereiro de 1994, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.542/92, critério que perdurou até fevereiro de 1994, consoante disposto no § 1º do artigo 21 da Lei nº 8.880/94. Nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - irsm DE FEVEREIRO/94 (39,67%).

- Na atualização monetária dos salários-de-contribuição de benefício concedido após março de 1994, deve-se computar os índices, mês a mês, com inclusão do irsm de fevereiro/94 (39,67%). Precedentes.

- Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp n.º 495.203/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 06.05.03, v.u., DJ 4/8/03).

Porém, no caso em tela, o autor é beneficiário de aposentadoria especial concedida em 27.01.1993, não havendo que se falar em atualização de salários-de-contribuição mediante a aplicação do IRSM de 39,67% referente a fevereiro/94, considerando que o período básico de cálculo da jubilação não abrange a competência de fevereiro de 1994.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00110 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039945-96.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039945-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : MARIA APARECIDA MARQUES
ADVOGADO : MARIA ELI PIRES DE CAMARGO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DINARTH FOGACA DE ALMEIDA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00109-6 1 Vr TATUI/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em ação previdenciária em que se pleiteia a concessão de pensão por morte na qualidade de companheira.

A autora, Maria Aparecida Marques, pleiteou a concessão do benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito, com o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora até a data do efetivo pagamento.

A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora em honorários advocatícios arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), suspensa sua execução nos termos do Art. 12 da Lei 1.060/50, ante a assistência judiciária gratuita.

Em apelação, a parte autora pugnou pela reforma integral da sentença. Sustentou estar comprovada sua dependência econômica em relação ao segurado Valentim da Silva Provasi.

Sem a interposição de contra-razões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Autos conclusos desde 22.10.10.

É o relatório. Decido.

O feito comporta julgamento com fulcro no Art. 557 do CPC, porquanto, em relação à questão que ora se discute, a jurisprudência é dominante.

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, e independe de carência (Lei 8.213/91, Art. 74 e Art. 26).

Para a concessão do benefício são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, bem assim a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão da aposentadoria (Lei 8.213/91, Art. 15 e Art. 102, com a redação dada pela Lei 9.528/97; Lei 10.666/03).

O óbito ocorreu em 03.03.09 (fl. 08).

A controvérsia restringe-se à existência ou não da união estável entre Valentim da Silva Provasi e a parte autora, e, conseqüentemente, a comprovação de sua dependência econômica.

A dependência econômica da companheira é presumida, consoante se infere do disposto no Art. 16, § 4º da Lei 8.213/91.

Foram anexados aos autos os seguintes documentos:

- 1 - cópia do RG e CPF da parte autora, à fl. 07;
- 2 - cópia da certidão de óbito de Valentim da Silva Provasi, à fl. 08;
- 3 - cópia da CTPS de Valentim da Silva Provasi, à fl. 10;
- 4 - cópia do RG e CPF de Valentim da Silva Provasi, à fl. 11;
- 5 - cópia da CNH de Valentim da Silva Provasi, à fl. 12; e
- 6 - Declaração de Maria Aparecida Xavier Leme Doi, Wilson Roberto Rusconi e Lucinda Paes de Camargo Teixeira afirmando que a parte autora mantinha união estável com Valentim da Silva Provasi, às fls. 13/15.

Da certidão de óbito, à fl. 08, não consta menção à parte autora, nem como declarante nem como dependente de qualquer natureza.

Desta forma, verifico não estar evidenciada a qualidade de dependente da autora, já que o conjunto probatório é insuficiente para demonstrar a existência de união estável entre ela e Valentim da Silva Provasi.

Nesse diapasão é a orientação jurisprudencial dos Colendos Tribunais Regionais Federais:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRA. NÃO CONFIGURADA. QUALIDADE DE SEGURADO. RURÍCOLA. NÃO CARACTERIZADO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Diante do deficitário conjunto probatório constante dos autos, é de se concluir pela inexistência de união estável à época do óbito, não se configurando a alegada condição de companheira, restando infirmada ainda a qualidade de segurado do falecido.

II - Não há condenação da demandante ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

III - Apelação do réu provida. Recurso adesivo da autora prejudicado." (grifo nosso).

(TRF3 Região, DECIMA TURMA, AC 2007.03.99.043002-2, relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, Data da decisão 04/08/2009, DJF3 CJ1 26/08/2009, p. 987).

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. PENSÃO POR MORTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL.

1. Inexistindo prova inequívoca acerca da condição de dependente do segurado (art. 16 da Lei nº 8.213/91), uma vez que não se comprovou a subsistência da união estável até a data do óbito, incabível a tutela antecipada para a concessão do benefício de pensão por morte.

2. Agravo de instrumento provido." (grifo nosso).

(TRF3 Região, DECIMA TURMA, AG 2008.03.00.014092-0, relator Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA, Data da decisão 12/08/2008, DJF3 27/08/2008).

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE À COMPANHEIRA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E DA QUALIDADE DE SEGURADO DO DE CUJUS.

Mantém-se a sentença de improcedência do pedido de pensão por morte, à míngua de demonstração cabal acerca da existência de união estável, quando do óbito, entre a autora e o ex-companheiro, bem como diante da falta de comprovação da qualidade de segurado, como autônomo." (grifo nosso).

(TRF4 Região, TURMA SUPLEMENTAR, AC 2008.70.09.001474-2, relator Juiz Federal Convocado EDUARDO TONETTO PICARELLI, Data da decisão 12/08/2009, D.E. 24/08/2009).

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. REMESSA DE CÓPIA DOS AUTOS AO MPF. DETERMINAÇÃO AFASTADA.

1. Na vigência da Lei nº 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão de benefício de pensão por morte, quais sejam, a qualidade de segurado do instituidor e a dependência dos beneficiários que, se não preenchidos, ensejam o seu indeferimento.

2. Não comprovada a união estável entre a autora e o ex-segurado na data do óbito, é de ser mantida a sentença de improcedência da ação.

3. Inexistindo litigância de má-fé, é de se afastar a condenação ao pagamento da multa respectiva e a determinação de remessa de cópia dos autos ao MPF para apuração de eventual crime de falso testemunho." (grifo nosso).

(TRF4 Região, SEXTA TURMA, AC 2005.71.00.021421-0, relator Desembargador Federal JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data da decisão 22/07/2009, D.E. 07/08/2009).

Destarte, ausente requisito legal para a concessão de pensão por morte, a parte autora não faz jus ao benefício pleiteado.

Ante o exposto, com base no Art. 557, "caput", do CPC, nego seguimento à apelação da parte autora, dado que manifestamente improcedente.

Corrijo, de ofício, a inexatidão material atinente à condenação em honorários de advogado, para excluí-la, nos termos do Art. 463, I, do CPC, considerada a assistência judiciária gratuita.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00111 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0040589-39.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.040589-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : WANDO SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : RENATA ALVES DE OLIVEIRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RODRIGO DE AMORIM DOREA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 06.00.00078-8 4 Vr MAUA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS visando a aplicação no cálculo dos atrasados do índice IRSM de fevereiro de 1994 e a revisão da renda de março de 1994, o pagamento das diferenças apuradas, acrescidas de correção monetária pelos índices que indica, juros de mora, honorários advocatícios e demais cominações legais.

A r. sentença monocrática julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 1.000,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DE C I D O.

Da prescrição quinquenal:

No âmbito previdenciário, as ações ajuizadas com a finalidade de cobrar valores não pagos ou pagos a menor submetem-se aos efeitos da prescrição, regida esta pelo disposto no parágrafo único do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, a seguir transcrito:

"Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições, ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil."

Fica claro, portanto, que o fundo do direito pleiteado resta preservado, podendo a ação ser proposta a qualquer tempo.

Desse modo, com o objetivo de sanar qualquer equívoco na correção deve-se proceder à revisão do benefício a qualquer tempo, vez que o fundo do direito pleiteado resta ileso, salientando-se, todavia, que a fruição dos efeitos financeiros ou patrimoniais daí decorrentes restringir-se-á ao quinquênio que precede a propositura da ação.

Assevero, por oportuno, que mesmo em não havendo a presente alegação, a recente reforma processual passou a autorizar o reconhecimento "*ex officio*" da prescrição, "*ex vi*" do § 5º do art. 219 do CPC.

Desta forma, considerando que a parte autora requer o pagamento de correção sobre os valores atrasados no período de setembro de 1993 a julho de 1998, e que a ação foi ajuizada somente em 06/06/2006, estão prescritas as diferenças devidas pela autarquia no período requerido.

Dos benefícios sob a égide da Lei nº 8.213/91 e legislações subsequentes:

A partir da edição da Lei nº 8.213 de 24/07/1991, os benefícios de prestação continuada, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, passaram a ser reajustados pelo INPC que, por força do §2º do artigo 9º da Lei nº 8.542/92, a partir de janeiro de 1993, foi substituído pelo IRSM, sendo este, por sua vez, alterado pela Lei nº 8.700/93. Esta lei veio a determinar que os benefícios fossem reajustados no mês de setembro de 1993 pela variação acumulada do IRSM do quadrimestre anterior, e nos meses de janeiro, maio e setembro de 1994, pela aplicação do Fator de Atualização Salarial - FAS, a partir de janeiro de 1994, deduzidas as antecipações concedidas, destacando-se que, a partir de março de 1994, o artigo 20 da Lei nº 8.880/94, instituiu a Unidade Real de Valor - URV, determinando que os benefícios mantidos pela Previdência Social deveriam ser convertidos em URV, em 01/03/1994.

Nessa ocasião, os segurados passaram a indagar as antecipações de 10% que lhe foram concedidas e, a existência, ou não, de perdas quando da conversão dos benefícios em número de URV's.

Ocorre que, quanto ao tema, o Pretório Excelso, em decisão plenária, assim como o C. Superior Tribunal de Justiça, cristalizaram entendimento, ao qual me curvo:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. LEIS 8542/92 E 8700/93. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO PARA URV. CONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA 'NOMINAL' CONTIDA NO INCISO I DO ARTIGO 20 DA LEI 8880/94. ALEGAÇÃO PROCEDENTE.

1. O legislador ordinário, considerando que em janeiro de 1994 os benefícios previdenciários teriam os seus valores reajustados, e que no mês subsequente se daria a antecipação correspondente à parcela que excedesse a 10% (dez por cento) da variação da inflação do mês anterior, houve por bem determinar que na época da conversão da moeda para Unidade Real de Valor fosse observada a média aritmética das rendas nominais referentes às competências de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, período que antecedeu a implantação do Plano Real, dado que a URV traduzia a inflação diária.

2. Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8542/92, 8700/93 e 8880/94. Inconstitucionalidade da palavra nominal contida no inciso I do artigo 20 da Lei 8880/94, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, artigo 5º XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994. - Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF, RE 313382/SC, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU: 08/11/2002, Tribunal Pleno).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. CONVERSÃO EM URV. INCORPORAÇÃO. IRSM INTEGRAL. NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 1993. JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO.

1. O critério estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 8.880/94 para conversão dos benefícios previdenciários em manutenção para URV não gerou ofensa a direito dos segurados.

2. As antecipações de 10% referentes a novembro e dezembro de 1993 foram incorporadas aos valores dos benefícios reajustados em janeiro/94, ao final do quadrimestre, nos exatos termos da Lei nº 8.700/93, e computados na média aritmética calculada conforme o artigo supracitado.

3. Quanto aos meses de janeiro e fevereiro não tendo se completado o quadrimestre, o que somente ocorreria no mês de maio, não há falar em direito adquirido, na medida em que, por ocasião da conversão dos benefícios em URV, o que havia era mera expectativa de direito.

4. Entendimento pacificado no STJ e STF.

5. Recurso especial conhecido e provido."

(STJ/ 5ª Turma, RESP 498457, Relatora Min. Laurita Vaz, DJU: 28/04/2003, pág. 264).

Posteriormente, o §3º do artigo 29 da Lei nº 8.880/94 determinou o critério de reajuste dos benefícios a partir de 01/07/1994, que veio à luz com o IPC-r, a ser computado em maio de 1995.

Nesse momento, merece destaque o reajuste de 8,04%, relativo ao aumento do salário mínimo de R\$ 64,79 (sessenta e quatro reais e setenta e nove centavos) para R\$ 70,00 (setenta reais), em consonância com o §6º do artigo 29 da Lei nº 8.880/94, em setembro de 1994, cuja aplicação foi restrita, tão somente, aos benefícios vinculados ao salário mínimo. Outro não é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. AFERIÇÃO. BENEFÍCIO. CONVERSÃO EM URV. DIA A CONSIDERAR. REAJUSTES DE SETEMBRO 94 E MAIO 96.

(...omissis...)

O art. 20, inc. I da Lei 8.880/94 não prevê a divisão dos valores nominais dos benefícios nos meses 11.93, 12.93, 01.94 e 02.94 pelos valores em Cruzeiros Reais do equivalente em URV do início de cada mês e, sim, do último dia desses meses.

O aumento do salário mínimo de setembro 94 (8,04%) não aproveita os benefícios de valores acima do salário mínimo. (...omissis...)

Recurso conhecido em parte e, nessa, desprovido."

(STJ/RESP 328621, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU: 08/04/2002, pág. 266)

Na sequência, os benefícios passaram a ser corrigidos pela variação acumulada do IGP-DI, a partir de 1º de maio de 1996, de acordo com o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.415, de 29/04/96, reeditada pela Medida Provisória nº 1.463, de 29/05/96, convalidada pelas Medidas Provisórias nºs 1.731-33, de 14/12/98, 1.869-40, de 29/06/99 e 1.945-46, de 09/12/99 e suas reedições.

Destarte, na ocasião, restou prejudicada a correção dos benefícios pela variação integral do INPC, no período compreendido entre maio/95 e abril/96, no percentual de 18,9%, reajuste este que não se verificou, por força da Medida Provisória nº 1.415/96, que determinou a correção pelo IGP-DI, novo critério de política salarial.

Com efeito, não há que se falar em direito adquirido, pois a Medida Provisória nº 1.053, de 30/06/1995 e suas reedições, prevendo a sistemática anterior, foi revogada pela Medida Provisória nº 1.415/96, que alterou a sistemática de correção, antes mesmo que o INPC se tornasse um direito adquirido.

Além disso, a MP nº 1.415, de 29/04/1996, revogou o artigo 29 da Lei nº 8.880/94 e determinou que os benefícios previdenciários fossem pagos pelo INSS, em maio de 1996, pela variação do IGP-DI/FGV, sendo que o respectivo mecanismo continua em vigor, de acordo com a MP nº 1.946, em sua 34ª edição, de 09/12/1999.

Cabe destacar, ainda, que a MP nº 1.415/96 culminou na Lei nº 9.711 de 20/11/1998 que, por sua vez, determinou o reajuste dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI/FGV, em maio de 1996, alterando a partir de junho de 1997 o critério de reajuste, com a aplicação do índice de 7,76%, no respectivo mês, e 4,81%, em junho de 1998.

Na sequência, os benefícios foram reajustados em junho de 1999 (4,61%), por força da Lei nº 9.971/2000, em junho de 2.000 (5,81%), nos termos da MP nº 2.187-13/01, em junho de 2.001 (7,76%), em razão do Decreto nº 3.826/2001, em junho de 2.002 (9,20%), em razão do Decreto nº 4.249/02, em junho de 2.003 (19,71%), em razão do Decreto nº 4.709/03, em junho de 2004 (4,53%), em razão do Decreto nº 5.061/04, em maio de 2005 (6,355%), em razão do Decreto nº 5.443/05, e em 2006, em razão do Decreto nº 5.756/06.

Destaque-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em sessão plenária o RE 376.846/SC, reafirmou a constitucionalidade dos artigos 12 e 13 da Lei nº 9.711, de 20/11/1998, dos §§ 2º e 3º do artigo 4º da Lei nº 9.971, de 18.05.2000 e artigo 1º da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24.08.2001, afastando a aplicação do IGP-DI nos reajustes dos meses de junho de 1997, 1999, 2000 e 2001, devendo prevalecer os índices acima citados, decorrentes dos preceitos legais supra mencionados, restando infrutíferas as ações dos segurados, visando a aplicação do IGP-DI nos reajustes anuais referentes aos anos de 1997 a 2003, com exceção de 1998 (em que o reajuste do INSS foi maior que a variação do IGP-DI).

Portanto, diante dos mecanismos acima explicitados, inexistem irregularidades a serem sanadas, haja vista o respaldo legal e jurídico dos procedimentos adotados pelo Instituto.

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior"

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Isto posto, nos termos do disposto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, **de ofício, reconheço a ocorrência da prescrição quinquenal com relação ao pagamento de diferenças havidas no período de setembro de 1993 a julho de 1998, julgando extinto o processo, com resolução de mérito**, nos termos do inciso IV do artigo 269 do Código de Processo Civil, **e nego seguimento à apelação da parte autora**, com relação a revisão da renda em março de 1994, mantendo, quanto ao mais, a doughta decisão recorrida.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00112 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0040637-95.2010.4.03.9999/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : SINOMAR JOSE DA SILVA JUNIOR incapaz
ADVOGADO : DARIO SERGIO RODRIGUES DA SILVA
REPRESENTANTE : MARLEI DE SOUZA SILVA
ADVOGADO : DARIO SERGIO RODRIGUES DA SILVA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DANILO TROMBETTA NEVES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00101-7 1 Vr TEODORO SAMPAIO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em ação previdenciária em que se pleiteia a concessão de pensão por morte na qualidade de filhos.

Os autores, Sinomar José da Silva Junior e Marlei de Souza Silva requereram a antecipação da tutela, com a imediata implantação do benefício. Pleitearam o reconhecimento da qualidade de segurada especial rural de Maria Aparecida Pereira de Souza Silva e a concessão do benefício de pensão por morte, com o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, a partir da data do óbito, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora até a data do efetivo pagamento.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, à fl. 21.

A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, com as ressalvas do Art. 12, da Lei 1.060/50, ante o benefício da Assistência Judiciária Gratuita.

Em apelação, os autores pugnaram a reforma integral da sentença. Sustentaram a comprovação da qualidade de segurada especial rural de Maria Aparecida Pereira de Souza Silva.

Sem a interposição de contra-razões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Autos conclusos desde 26.10.10.

É o breve relatório. Decido.

O feito comporta julgamento com fulcro no Art. 557 do CPC, porquanto, em relação à questão que ora se discute, a jurisprudência é dominante.

A controvérsia se restringe a comprovação da qualidade de segurada especial rural de Maria Aparecida Pereira de Souza Silva.

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, e independe de carência (Lei 8.213/91, Art. 74 e Art. 26).

Para a concessão do benefício são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, bem assim a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão da aposentadoria (Lei 8.213/91, Art. 15 e Art. 102, com a redação dada pela Lei 9.528/97; Lei 10.666/03).

A dependência econômica do filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido é presumida, consoante se infere do disposto no Art. 16, § 4º da Lei 8.213/91 e, na espécie, está comprovada pela cópia do RG e CPF dos filhos Sinomar José da Silva Junior (25.06.91) e Marlei de Souza Silva (21.12.89), às fls. 12/13.

Verifica-se, às fls. 16 e 18/19, constar a profissão de lavrador de Sinomar José da Silva nas cópias das certidões de nascimento e óbito. Todavia tal prova não se presta a embasar a alegação de que Maria Aparecida Pereira de Souza Silva exercia atividade de rurícola, porquanto da análise impescinde do confronto da integralidade dos depoimentos testemunhais e dos documentos carreados aos autos.

A prova testemunhal é inconvincente e insuficiente para corroborar os fatos alegados.

Asseverou a testemunha Sônia Maria Cassiano:

"Conheci o pai de Sinomar. Não conheci a mãe dele, pois ela tinha falecido há pouco tempo. O pai dele trabalhava em diária. Naquela época nós estávamos acampados no trevo de Euclides da Cunha e aguardando um lote de reforma agrária. Não me recordo os nomes das propriedades onde o pai dele fazia as diárias". - **fl. 59.**

Afirmou a testemunha Sônia Cristina Pereira:

"Conheci a mãe do autor porque ela vendia salgados em Primavera e trabalhava em restaurante, fazendo faxinas. Naquela época, ela morava num sítio. Ela trabalhava no sítio e o trabalho dela nos restaurantes não era fixo, era uma vez por semana para ajudar no orçamento da casa (...)" - **fl. 60.**

Nesse diapasão é a orientação jurisprudencial desta Colenda Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ATIVIDADE RURAL NÃO COMPROVADA. FALTA DE QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. IMPROCEDÊNCIA.

I. Para a concessão do benefício de pensão por morte é necessária a comprovação da dependência econômica da requerente em relação ao falecido, bem como a qualidade de segurado do 'de cujus' junto à Previdência Social na época do óbito.

II. Em relação ao cônjuge, a dependência econômica é presumida, a teor do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91.

III. Para a comprovação da atividade laborativa exercida nas lides rurais, sem o devido registro em carteira, torna-se necessária à apresentação de um início razoável de prova material, corroborada pela prova testemunhal.

IV. Condição de rurícola descaracterizada, tendo em vista que os documentos juntados autos qualificam profissionalmente o 'de cujus' como trabalhador urbano, conforme certidão de óbito.

V. Inviável a concessão do benefício pleiteado em face da não implementação dos requisitos legais.

VI. Ausência de condenação da parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

VII. Apelação do INSS provida." (grifo nosso).

(TRF3, SETIMA TURMA, AC 200603990014447, relator Juiz Federal Convocado RAFAEL MARGALHO, Data do julgamento 11/02/2008, DJU 06/03/2008, p.489).

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MARIDO. ARTS. 74 A 79 DA LEI Nº 8.213/91. TRABALHADOR URBANO. RELAÇÃO CONJUGAL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. ATIVIDADE RURAL. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. SÚMULA Nº 149 DO STJ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.

1 - Restou comprovada, pela Certidão de Casamento acostada aos autos, a relação conjugal entre a autora e o 'de cujus'.

2 - A dependência econômica em relação à esposa e ao filho menor de 21 (vinte e um) anos é presumida, nos termos do art. 16, I, §4º, da Lei de Benefícios.

3 - Entre a data do óbito e a cessação do último contrato de trabalho do falecido decorreu tempo superior a 7 anos sem que tenha vertido qualquer contribuição, situação que acarreta a perda da qualidade de segurado, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91.

4 - A ampliação do período de graça em 12 meses adicionais, prevista no §2º da norma citada, depende da comprovação da situação de desemprego, por meio de registro junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, ou mesmo a percepção de seguro-desemprego, hipóteses não comprovadas nos autos.

5 - Prova exclusivamente testemunhal não é meio hábil à comprovação da atividade rurícola, nos termos da Súmula nº 149 do C. STJ.

6 - Apelação improvida." (grifo nosso).

(TRF3, NONA TURMA, AC 200503990324596, relator Desembargador Federal NELSON BERNARDES, Data do Julgamento 04/09/2006, DJU 19/10/2006, p. 749).

Assim, ausente requisito legal para a concessão da pensão por morte, os autores não fazem jus ao benefício pleiteado.

Ante o exposto, com fulcro no Art. 557, "caput", do CPC, nego seguimento à apelação da parte autora, dado que manifestamente improcedente.

Corrijo, de ofício, a inexatidão material atinente à condenação em honorários advocatícios, para excluí-los, nos termos do art. 463, I, do CPC, considerada a assistência judiciária gratuita.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

00113 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041102-07.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.041102-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : LUVIGIA VICTOR PESSINI (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : DANILO EDUARDO MELOTTI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GERALDO FERNANDO TEIXEIRA COSTA DA SILVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00099-4 2 Vr OLÍMPIA/SP
DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 25-06-2009 em face do INSS, citado em 22-07-2009, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 24-05-2010 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Deixou de condenar a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios ante a gratuidade processual.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 12-01-1928, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de nascimento de sua filha, registrada em 14-09-1953, constando sua qualificação e de seu cônjuge como lavradores (fl. 13).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que o documento apresentado, em que consta a profissão de seu marido como lavrador, não pode ser extensível à esposa, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais em meados de 1975, tornando-se funcionário da Prefeitura de Olímpia a partir de 1983, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado nas fls. 31/32, sendo que a autora não juntou nenhum documento posterior em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Verifica-se, outrossim, que a parte autora, nascida em 1928, não permaneceu nas lides rurais até o momento em que completou a idade mínima legalmente exigida (55 anos), uma vez que parou de trabalhar em 1969, quando se mudou com sua família para a cidade de Olímpia, conforme se verifica na exordial, não preenchendo, assim, o requisito da idade para a concessão do benefício, conforme determina o artigo 48, da Lei 8.213/91.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00114 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041388-82.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.041388-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIA DE LOURDES MIRANDA

ADVOGADO : ROSANGELA CARDOSO DE ALMEIDA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RENATA MIURA KAHN DA SILVEIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 10.00.00082-6 1 Vr DIADEMA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por Maria de Lourdes Miranda, em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de companheira do *de cujus*, com óbito ocorrido em 28.03.2010.

O juízo *a quo* julgou improcedente a pretensão da autora e a condenou ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em R\$ 700,00 (setecentos reais), com base no artigo 20, §4º, do Código

de Processo Civil. Por ser beneficiária da justiça gratuita (Lei nº 1.060/50), apenas arcará com o ônus da sucumbência quando cessar sua miserabilidade jurídica.

Em razões recursais, a autora sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado da lide sem a devida instrução, sendo que a prova oral poderia comprovar a sua união estável com o falecido. Aduz, ainda, que a qualidade de segurado do falecido restou comprovada, uma vez que o benefício de pensão por morte foi concedido aos filhos do *de cujus*, conforme documento de fls. 24. Requer, portanto, a declaração de nulidade da r. sentença para realização da devida instrução processual ou que se reforme a r. sentença para julgar procedente a ação. Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

A questão versa sobre a comprovação da união estável entre a autora e o falecido e da qualidade de segurado do *de cujus*, para fins de recebimento do benefício de pensão por morte.

Da análise dos autos, constata-se que a autora, na condição de companheira do falecido, pretende a concessão do benefício que já vem sendo recebido pelos filhos menores do falecido (NB 152.628.926-9), conforme documento de fls. 24.

Posto isso, é indispensável que os filhos menores do falecido integrem a lide como litisconsortes passivos necessários, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil, uma vez que têm interesse no deslinde da ação, já que em sendo a autora vencedora da ação, estes terão suas cotas diminuídas, nos termos do artigo 77 da Lei nº 8.213/91.

Não tendo sido determinada a citação dos filhos menores do falecido, com vistas a integrar o pólo passivo da demanda, resta caracterizada a infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a todos assegurado como direito fundamental (CF, art. 5º, LV), verificando-se *in casu* a presença de nulidade processual insanável.

Por conseguinte, é de ser decretada a nulidade dos atos decisórios praticados pelo Juízo *a quo*, devendo os autos ser-lhe remetidos a fim de que proceda à devida citação dos litisconsortes passivos e tenha o feito regular prosseguimento, nos termos acima consignados.

Nesse sentido, o entendimento firmado por esta Corte, *in verbis*:

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. NULIDADE. MENOR. PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CURADOR ESPECIAL.

1. Sendo o filho da Autora titular da pensão por morte pleiteada, tem interesse no desfecho da ação, devendo integrar a lide como litisconsorte passivo necessário, o que não ocorreu.

2. A ausência de citação do menor, para integrar a lide como litisconsorte passivo necessário, infringe os princípios do contraditório e da ampla defesa, estabelecidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

3. Necessária a participação do Ministério Público em Primeira Instância, conforme previsto no artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil, com a nomeação de Curador Especial, uma vez que a mãe do menor é a Autora desta demanda, com interesses conflitantes.

4. Atos posteriores à contestação anulados de ofício. Prejudicada à apelação do INSS, bem como à remessa oficial." (TRF 3ª Região, AC nº 2006.03.99.010253-1, 9ª T., Rel. Des. Fed. Santos Neves, 16.04.2007, DJU 17.05.2007)

No mesmo sentido: AC nº 1999.03.99.010461-2, 9ª T., Rel. Des. Fed. Marisa Santos, 30.10.2006, DJU 14.12.2006; AC 2000.03.99.023699-5, Rel. Des. Fed. Leide Polo, 7ª T., j. 01/12/2003, DJU 30/01/2004; AC 2001.03.99.060758-8, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, 10ª T., j. 14/12/2004, DJ 31/01/2005; AC 2007.03.99.024198-5, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, 8ª T., j. 12/11/2007, DJU 09/01/2008; AC 97.03.041744-2, Rel. Juiz Fed. Conv. Nino Toldo, 2ª T., j. 02/09/2002, DJU 06/12/2002.

Ante o exposto, anulo, de ofício, os atos posteriores à contestação e, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, determino o retorno dos autos ao Juízo de origem para citação dos litisconsortes necessários, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores termos, dando por prejudicada a apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00115 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041489-22.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.041489-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ROSA DO AMARAL

ADVOGADO : MARTA DE FATIMA MELO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : SILVIO AUGUSTO DE MOURA CAMPOS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 10.00.00022-6 1 Vr ITAPORANGA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença, julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento de custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), observados os benefícios da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar a autarquia previdenciária à concessão da aposentadoria rural por idade, pois demonstrou através das provas documentais corroboradas com as orais, a condição de trabalhadora rural.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na al. "a" do inc. I, na al. "g" do inc. V e nos incs. VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Despicienda discussão quanto ao atendimento do primeiro requisito, porquanto o documento acostado às fls. 07, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 168 meses de labor rural.

Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher, sem qualquer sombra de dúvida, a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- cópia de certidão de nascimento, ocorrido em 18.11.1954, no distrito de Riversul/Itaporanga - SP, na qual consta a profissão do genitor da autora como sendo lavrador (fls.08).

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se antevêja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado, o obreiro que cessa sua atividade laboral, em consequência de moléstia; a prestação de labor urbano, intercalado com lides rurais, de per si, não desnatura o princípio de prova documental amealhado; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam preservados."* (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).

Ainda, no que se refere aos documentos, que podem ser apresentados como início de prova material, firmou-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TRABALHADORA RURAL. FICHAS CADASTRAIS. CARTEIRA DE FILIAÇÃO A SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PERÍODO DE CARÊNCIA. COMPROVAÇÃO.

Não há ofensa ao art. 535, inciso I, do Código de Processo Civil quando a questão relevante para a apreciação e julgamento do recurso é devidamente analisada pelo aresto hostilizado. 2. Conforme determina a legislação

previdenciária (art. 55, caput, da Lei n.º 8.213/91 c/c art. 62, caput e § 4º, do Decreto n.º 3.048/99), o tempo de serviço do trabalhador rural pode ser comprovado através de documentos que levem à convicção do fato a comprovar. (...)
(Resp n.º 200401735150, Relatora Min.Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, Fonte DJ Data:14/03/2005 pg:00424 LEXSTJ vol.:00188 pg:00247)

Pretendeu a autora, ao acostar sua certidão de nascimento, emprestar de seu genitor a presumida profissão de lavrador, sendo possível a autora ser agasalhada, conforme o entendimento jurisprudencial, como trabalhadora rural, devendo então produzir prova testemunhal que corrobore de forma robusta, o respectivo início de prova material colacionado.

Consoante a prova oral, as testemunhas inquiridas, mediante depoimentos, informaram que conhecem a autora há mais de vinte e cinco anos. Anoto que, ao fato de conhecer, deverá ser trazido a conhecimento, o respectivo período de labor rural e a localidade do desempenho do mesmo, o que não restou caracterizado: a testemunha "José do Prado Filho" declarou de forma genérica que a autora sempre trabalhou como "bóia fria", informando os proprietários José Benini, Narita, José Vergílio e Jair Nogueira. Já a testemunha "Maria Tereza dos Santos", declarou de forma genérica que a autora sempre trabalhou como "bóia fria" nas lavouras da região, informando os proprietários rurais Silva, Onça e Cruzeirozinho (fls.36/37).

Nesse contexto, os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola e, assim, comprovar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos, consoante tabela contida no art. 142, da Lei n. 8.213/91, não fazendo jus ao benefício pleiteado.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00116 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041662-46.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.041662-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ADELINA SILVA DE SOUZA
ADVOGADO : CHRISTIANO BELOTO MAGALHAES DE ANDRADE
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : PEDRO FURIAN ZORZETTO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00014-6 2 Vr GARCA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento das custas e despesas do processo, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, observado o art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar o INSS à concessão da aposentadoria rural por idade, pois as provas materiais e testemunhais comprovam o labor rural exercido.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na alínea "a" do inc. I, na alínea "g" do inc. V e nos incisos VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qual idade de segurado (...)" (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).*

Nem sempre a prova do exercício da atividade rural tem que ver com o período imediatamente anterior ao requerimento de aposentadoria por idade; nada impede o segurado de exercer o direito em momento posterior ao preenchimento dos requisitos à concessão do benefício, nesse caso, o direito adquirido prevalece.

Dessarte, a regra existe para facilitar o segurado, ou se prevalecerá da comprovação do exercício da atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento, ou de período mais remoto, de prova mais trabalhosa, suscetível, porém, de mostrar que já se achava satisfeito o requisito quando atingida a idade para aposentar-se.

É de natureza descontínua a atividade rural, por isso mesmo outra qualquer atividade exercida pelo segurado em épocas de falta de colocação de mão-de-obra não desnaturaliza a pretensão de exigir a concessão do benefício; nem, aliás, o exercício paralelo a descaracteriza, se compatíveis.

No caso examinado, é despicienda a discussão quanto ao atendimento do requisito etário, porquanto o documento acostado às fls.08, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 102 meses de labor rural.

Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher, a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- cópia da sua certidão de casamento, com Leôncio Tobias de Souza, ocorrido em 27.07.67, onde consta como sendo lavrador a profissão de seu marido (fls.10).

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (EREsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Anoto que a autora ao apresentar sua certidão de casamento, na qual consta a profissão de seu marido como sendo lavrador, produziu início de prova material que deverá ser corroborado por robusta prova testemunhal.

Consoante a prova oral, as testemunhas inquiridas, mediante depoimentos, informaram que conhecem a autora. Anoto que, ao fato de conhecer, deverá ser trazido a conhecimento, o respectivo período de labor rural associado com a localidade do desempenho do mesmo, o que não restou caracterizado: a testemunha "Prizolina Farias Coutinho" declarou que conhece a autora desde o ano de 1950 e sabe que trabalhou na lavoura de 1960 a 1965. A testemunha "Terezinha Duarte", declarou que conhece a autora há 30 anos, trabalharam juntas nas fazendas Aliança, Santa Flora e Barra Grande. A testemunha "Maria Aparecida de Almeida Santos", disse que conhece a autora há 30anos, trabalharam juntas nas fazendas São Brás, Santa Flora e Aliança (fls.49/51).

Aos depoimentos genéricos e esparsos, ao compulsar dos autos, às fls. 57/59, verifico que incorre apontamento através da Portaria n° 773 -13.10.2004, da Prefeitura Municipal da cidade de Álvaro Carvalho - SP, que o marido da autora é aposentado como servidor público, por tempo de serviço no cargo de jardineiro.

Nesse contexto, os depoimentos testemunhais analisados conjuntamente com o início de prova material, não revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola e, assim, comprovar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos, consoante tabela contida no art. 142, da Lei n. 8.213/91, não fazendo jus ao benefício pleiteado.

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00117 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001639-60.2010.4.03.6183/SP
2010.61.83.001639-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : DEVANIR CARLOS FUMAGALLI
ADVOGADO : RITA DE CÁSSIA GOMES VELIKY RIFF e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MOACIR NILSSON e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00016396020104036183 1V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por DEVANIR CARLOS FUMAGALLI em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 10.03.2005) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Sem custas e honorários advocatícios ante a concessão do benefício da justiça gratuita.

Em razões recursais, pugna a parte autora, preliminarmente, pela anulação da r. sentença, ante a inaplicabilidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil, e no mérito pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, deixou de apresentar contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, é de ser afastada a alegação de impossibilidade do julgamento antecipado da presente ação, nos termos do 285-A do Código de Processo Civil, em razão do cerceamento de defesa e ofensa aos princípios do direito de ação, do devido processo legal e do contraditório.

Com efeito, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, em seu art. 285-A, permite ao julgador, nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo houver decisões de total improcedência em outros casos idênticos, proferir sua decisão de plano, usando como paradigma aquelas já prolatadas.

São requisitos necessários ao julgamento *prima facie*: a) a causa versar sobre questão unicamente de direito; b) existam precedentes do mesmo juízo; c) houver julgamentos anteriores pela improcedência total do pedido.

Ressalte-se que o mecanismo possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

In casu, verifica-se que a matéria versada no presente feito é exclusivamente de direito, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, podendo a lide ser julgada antecipadamente, ante a desnecessidade da produção de qualquer outra prova, uma vez que aquelas constantes dos autos são suficientes a ensejar o convencimento do julgador.

Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Agravo legal interposto com fundamento no art. 557, §1º, do CPC, objetivando a reconsideração da decisão, alegando a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, além de ser indevida a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.

II - Admite-se o julgamento de improcedência prima facie, nos termos do art. 285-A do CPC. Tema unicamente de direito. Análise não é incipiente e conta com orientação do Supremo Tribunal Federal.

(...)

VII - Agravo não provido.

(AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, 8ª T., j. 16.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 285 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO.

I - Cumpridos os requisitos constantes do artigo 285-A do CPC, não há que se falar em nulidade da sentença, haja vista que a matéria é factualmente de direito, bem como a controvérsia já se encontra caracterizada ante as reiteradas contestações apresentadas nas lides análogas.

(...)

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007140-8, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo. - Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

(...)

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 08.03.2010, DE 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. REAJUSTE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS. EC 20/98 E 41/03. ART. 20, § 1º E ART. 28, § 5º DA LEI Nº 8.212/91. PRECEDENTES DESTA E. CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

- Não há como acolher a alegação de que a aplicação do art. 285-A do CPC viola o art. 5º, XXXV, LIV, LV, da CF, como ventilado na decisão ora agravada, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

(...)

- Agravo desprovido."

(AC nº 0009975-87.2009.4.03.6183, Rel. Des. Federal Diva Malerbi, 10ª T., j. 27.04.2010, DE 06.05.2010)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO QUE REJEITOU A PRELIMINAR E NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. No caso, a decisão agravada rejeitou a preliminar e negou seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, em conformidade com: a) o entendimento pacificado por esta Corte Regional, no sentido de que, quando a matéria controvertida for unicamente de direito, aplica-se, sem afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.277/06 (AC nº 2006.61.14.002872-1 / SP, 3ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJU 05/12/2007, pág. 14); (...)

(...)

4. Recurso improvido."

(AC 2003.61.00.038122-8, Rel. Des. Federal Ramza Tartuce, 5ª T., j. 05.04.2010, DE 23.04.2010)

Quanto ao mérito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, caput, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto

atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. n° 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei n° 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei n° 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei n° 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei n° 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei n° 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei n° 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei n° 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI N° 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.
II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei n° 9.876/99, consoante julgamento da ADIN n° 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional n° 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei n° 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei n° 8.213/91, com as alterações da Lei n° 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI N° 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea

"a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.

Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época da sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irresignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

Expediente Nro 7262/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008559-94.2003.4.03.6183/SP

2003.61.83.008559-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : GERSON BARBOSA DE ALMEIDA

ADVOGADO : SEBASTIAO MARQUES GOMES e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADARNO POZZUTO POPPI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

EXCLUIDO : RUBENS BARBOSA DE ALMEIDA

No. ORIG. : 00085599420034036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por GERSON BARBOSA DE ALMEIDA em face de sentença proferida em ação de revisão de benefício previdenciário onde se objetiva a correção dos salários de contribuição com a aplicação do índice de 39,67% referente ao IRSM de fevereiro de 1994.

A r. sentença julgou improcedente a ação. Honorários advocatícios indevidos em face do deferimento da justiça gratuita. Custas na forma da lei.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, em síntese, que não contou a época da concessão do benefício previdenciário com aplicação do índice de correção do mês de 02/94 da ordem de 39,67%, sobre os salários de contribuição. Requer o provimento do apelo.

Devidamente intimado, o INSS não apresentou contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser devida a inclusão do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%) na correção monetária antes da conversão em URV, para fins de apuração da renda mensal inicial dos benefícios, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO DO JULGADO. INEXISTÊNCIA. RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO. IRSM DE FEVEREIRO/1994. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

2. Para a apuração da renda mensal inicial do benefício previdenciário, todos os salários-de-contribuição devem ser corrigidos monetariamente, sendo certo que em fevereiro de 1994 o índice do IRSM a ser aplicado corresponde a 39,67%.

3. O artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, autoriza o relator a negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

4. Agravo improvido."

(AgRg no Ag 907082/MG, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 12/11/2007, DJ 03/12/2007)

"Previdenciário. Revisão de benefício (concessão após março de 1994). Salários-de-contribuição (atualização).

Inclusão do IRSM de fevereiro de 1994 (legalidade).

1. Na atualização do salário-de-contribuição para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício, deve-se levar em consideração o IRSM integral de fevereiro de 1994 (39,67%), antes da conversão em URV. Precedentes.

2. Não-ocorrência de violação de lei e não-configuração do dissídio.

3. Recurso especial improvido."

(REsp 494888/AL, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, j. 20/03/2007, DJ 29/10/2007)

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE. PROPORCIONALIDADE. VALOR REAL. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. IRSM DE FEVEREIRO/94 (39,67%).

Na atualização monetária dos salários-de-contribuição, para fins de apuração da renda mensal inicial do benefício, deve ser aplicado o IRSM integral do mês de fevereiro/94, da ordem de 39,67%. Entendimento firmado na Eg. Terceira Seção desta Corte. Precedentes.

Recurso desprovido."

(REsp 573140/AL, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. 15/09/2005, DJ 17/10/2005)

A matéria já se encontra sumulada por esta E. Corte, no verbete nº 19, *in verbis*:

"É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67% na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário".

No entanto, na hipótese dos autos, verifica-se do extrato CONBAS - Dados Básicos da Concessão - anexo a esta decisão, que o benefício previdenciário do autor, aposentadoria por tempo de contribuição, foi concedido em 01.06.1989, e o cálculo da renda mensal inicial foi elaborado com a utilização dos salários de contribuição anteriores ao mês de fevereiro de 1994, impossibilitando, portanto, a aplicação do índice de 39,67% no cálculo da renda mensal inicial - RMI.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002195-18.2005.4.03.6125/SP

2005.61.25.002195-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : DEBORA GONCALVES GOMES

ADVOGADO : GILBERTO JOSE RODRIGUES e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA MOREIRA DOS SANTOS REYNALDO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00021951820054036125 1 Vr OURINHOS/SP
DECISÃO
Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido da autora em ação que visa o deferimento do benefício assistencial de que trata o art. 203, V, da Constituição da República, sob o fundamento de que não foram comprovados os requisitos legais necessários. Pela sucumbência, a demandante foi condenada em custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em dez por cento do valor da causa, ressalvada a gratuidade processual de que é beneficiária.

Em seu recurso de apelação, a autora sustenta que comprovou preencher os requisitos necessários à concessão do benefício, a saber: incapacidade para o trabalho e para os atos da vida diária e hipossuficiência econômica.

Sem apresentação de contrarrazões (fl. 119).

Em parecer de fl. 124/131, o i. representante do *Parquet* Federal, Dr. José Leônidas Bellem de Lima, opinou pelo desprovimento da apelação.

Após breve relatório, passo a decidir.

Prevê o artigo 203, V, da Constituição da República:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)

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

O artigo 4º, do Decreto 6.214/07, que regulamentou a Lei 8.742/93 assim:

Art. 4º. Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

I - idoso: aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais;

II - pessoa com deficiência: aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho;

III - incapacidade: o fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

IV - família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo;

V - família para cálculo da renda per capita, conforme disposto no § 1º do art. 20 da Lei no 8.742, de 1993: conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto, assim entendido, o requerente, o cônjuge, a companheira, o companheiro, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, os pais, e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; e

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

Assim, para que alguém faça jus ao benefício pleiteado, deve preencher os seguintes requisitos: ser portador de deficiência incapacitante para o trabalho ou ter mais de 65 anos (Estatuto do Idoso) e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

O laudo médico de fl. 87/93 atestou que a autora, conquanto se queixe de dores na coluna e limitação visual, não teve constatada qualquer moléstia incapacitante, ainda que temporária.

Conclui-se, daí, não haver sido preenchido o requisito relativo à incapacidade, resultando desnecessária a análise da condição sócio-econômica da autora. Ressalto, entretanto, que a demandante poderá pleitear novamente o benefício, caso haja agravamento em seu estado físico.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da autora**. Não há condenação da demandante ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

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

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000514-54.2006.4.03.6003/MS

2006.60.03.000514-1/MS

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : ALBERTINA ALVES DOS SANTOS

ADVOGADO : JULIANO GIL ALVES PEREIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ROBERTO INACIO DE MORAES e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00005145420064036003 1 Vr TRES LAGOAS/MS

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação previdenciária, ajuizada com vistas à concessão do benefício de aposentadoria rural por invalidez. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observada a concessão da assistência judiciária gratuita.

Apela a parte autora argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez rural, visto que já estava acometida de doenças incapacitantes no momento em que abandonou as lides campesinas.

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

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 01.06.1951, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, o qual está previsto no art. 42, da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo médico pericial, elaborado em 01.07.2009 (fl. 136/139), revela que a autora é portadora de seqüelas de acidente vascular encefálico, com comprometimento neuromotor e psíquico, apresentando plegia dos membros esquerdos, encontrando-se definitivamente impossibilitada de realizar atividades laborativas, desde agosto de 2008.

No que tange à comprovação da qualidade de trabalhadora rurícola, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

Assim, a atividade rurícola resulta comprovada se a parte autora apresentar razoável início de prova material, respaldada por prova testemunhal idônea.

No caso dos autos, a autora apresentou cópia da CTPS de seu marido, em que constam anotados diversos contratos de trabalho de natureza rural, em períodos intercalados de 01.07.1978 a 06.07.2004. Tenho que o referido documento constitui início de prova material do labor agrícola da demandante, visto que a jurisprudência é pacífica no sentido de se estender à esposa de trabalhador rural a profissão do marido, nos termos do aresto assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA. PROVA. PROFISSÃO DE LAVRADOR NO REGISTRO DE CASAMENTO. EXTENSÃO À ESPOSA . POSSIBILIDADE.

O acórdão recorrido segue o entendimento pacificado pelo Tribunal, no sentido de que a qualificação profissional do marido , como rurícola, se estende à esposa , quando alicerçada em atos do registro civil, para efeitos de início de prova documental, complementado por testemunhas.

Recurso Especial não conhecido.

(STJ - 5ª Turma; Resp. 183927 - SP 98/0056287-7; Rel. Ministro Gilson Dipp; v.u., j. em 13.10.98; DJ. 23.11.98, pág. 200).

As testemunhas, ouvidas em Juízo em 05.05.2010 (fl. 171/172), revelam que a autora trabalhou na agricultura, juntamente com seu marido. Entretanto, do depoimento de fl. 171, se depreende que ela exerceu o labor rural tão-somente até o ano de 2002, confirmando informação fornecida pela própria demandante em sua petição inicial (fl. 06). Ademais, ao ser ouvida em Juízo a autora afirmou ter recolhido algumas contribuições previdenciárias por volta de 1991/1992, ocasião em que estava trabalhando como doméstica, além de residir no Bairro Vila Verde, na cidade de Três Lagoas/MS, há cerca de doze anos.

Verifica-se, pois, que houve a perda da qualidade de segurada da parte autora, visto que, segundo o laudo pericial, a sua incapacidade laborativa sobreveio em agosto de 2008, quando já havia, há bastante tempo, deixado as lides campesinas.

Em outras palavras, inexistente nos autos comprovação do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao momento do advento da inaptidão para o trabalho, ainda que de forma descontínua, conforme exigido pela legislação, restando configurada, dessa forma, a perda da qualidade de segurada por parte da requerente, fato que inviabiliza a concessão do benefício almejado.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora**. Não há condenação aos ônus da sucumbência, por ser a demandante beneficiária da justiça gratuita.

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.
Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00004 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0000951-43.2007.4.03.6106/SP
2007.61.06.000951-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANIZIO DE OLIVEIRA

ADVOGADO : VICENTE PIMENTEL e outro

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : GERALDO FERNANDO TEIXEIRA COSTA DA SILVA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : OS MESMOS

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto contra sentença parcialmente procedente proferida na ação proposta em face do INSS, que condenou a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável, todavia, determinando a restituição dos valores recebidos no benefício originário.

Apela o autor alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a desaposentação sem restituição dos valores recebidos.

Apela o INSS alegando, em síntese, a constitucionalidade da vedação legal à utilização das contribuições posteriores à aposentadoria, bem como a impossibilidade de alteração unilateral de ato jurídico perfeito.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em

todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- *Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.*

IV- *O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.*

V- *As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposestação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.*

VI- *Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.*

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, § 1º-A do CPC, **dou provimento** à apelação do INSS e à remessa oficial e **julgo prejudicada** a apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000667-17.2007.4.03.6112/SP
2007.61.12.000667-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : TEREZINHA MENDES DE MENEZES
ADVOGADO : FLAVIO ROBERTO IMPERADOR e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VALERIA DE FATIMA IZAR D DA COSTA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00006671720074036112 1 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, observado o art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar o INSS à concessão da aposentadoria rural por idade, pois preencheu todos os requisitos para a concessão do benefício.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na alínea "a" do inc. I, na alínea "g" do inc. V e nos incisos VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado (...)"* (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).

Nem sempre a prova do exercício da atividade rural tem que ver com o período imediatamente anterior ao requerimento de aposentadoria por idade; nada impede o segurado de exercer o direito em momento posterior ao preenchimento dos requisitos à concessão do benefício, nesse caso, o direito adquirido prevalece.

Dessarte, a regra existe para facilitar o segurado, ou se prevalecerá da comprovação do exercício da atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento, ou de período mais remoto, de prova mais trabalhosa, suscetível, porém, de mostrar que já se achava satisfeito o requisito quando atingida a idade para aposentar-se.

É de natureza descontínua a atividade rural, por isso mesmo outra qualquer atividade exercida pelo segurado em épocas de falta de colocação de mão-de-obra não desnatura a pretensão de exigir a concessão do benefício; nem, aliás, o exercício paralelo a descaracteriza, se compatíveis.

No caso examinado, é despicienda a discussão quanto ao atendimento do requisito etário, porquanto o documento acostado às fls.10, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 90 meses de labor rural. Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher, a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- cópia da sua certidão de casamento, ocorrido em 30.06.62, com Athaide Gonçalves de Menezes, no distrito de Tarabai - SP, onde consta a profissão de seu cônjuge como sendo lavrador (fls.11).

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.

6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido."

(STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Anoto que a autora ao apresentar a sua certidão de casamento, na qual seu marido está qualificado na profissão de lavrador, pretendeu emprestar para si a condição de trabalhador rural dele e assim produziu início de prova material que deverá ser corroborada por robusta prova testemunhal.

Nesse sentido, o respectivo entendimento jurisprudencial:

O E. Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade social do trabalhador rural, ao pacificar o entendimento de ser extensível à esposa a qualificação de trabalhador rural apresentada pelo marido, constante de documento, conforme revela a ementa deste julgado: "PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. - Firmou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é início razoável de prova material da qualidade de trabalhadora da sua mulher. Recurso especial atendido" (Resp nº 258570-SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 16/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 256); objetivou aproveitar, tão somente à esposa, a condição de rurícola do cônjuge varão, havendo o entendimento de que a esposa acompanha o marido nas lides campestres .

As testemunhas depuseram de maneira genérica que conheceram a autora trabalhando no meio rural (fls.69/70), entretanto não especificaram os respectivos períodos da alegada lida rural, comprovação que se faz imprescindível, a fim de deduzir o período de carência de 90 meses do trabalho rural exercido.

Nesse contexto, os depoimentos testemunhais analisados conjuntamente com o início de prova material, não revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola e, assim, comprovar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos, consoante tabela contida no art. 142, da Lei n. 8.213/91, não fazendo jus ao benefício pleiteado.

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008204-40.2007.4.03.6120/SP
2007.61.20.008204-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : EVA APARECIDA HERMINIO CAPELATTO
ADVOGADO : RENATA MOCO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ANTONIO CARLOS DA MATTA NUNES DE OLIVEIRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00082044020074036120 1 Vr ARARAQUARA/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), exigíveis nos termos da assistência judiciária gratuita. Sem condenação em custas processuais.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão dos benefícios em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 11.05.1957, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, o qual está previsto no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo pericial, elaborado em 13.04.2009 (fl. 62/67), refere que a autora apresenta alterações discais L5/S1, com processo de escorregamento discreto entre as vértebras L4/L5, com espondilose em exame feito em janeiro de 2004 e posteriormente com as mesmas características em exames feitos em março de 2007 e em março de 2008, indicando que o processo encontra-se estabilizado, não apresentando incapacidade laborativa. O perito asseverou que "*a autora apresentou resistência voluntária aos movimentos de flexão da coluna lombo-sacra, com exaltação exagerada de possível processo doloroso nas manobras efetuadas, que entretanto não evidenciaram contraturas musculares para vertebrais secundárias a processos dolorosos crônicos nem irradiação para os membros inferiores, com Lasègue negativo. Não apresenta indicações de que deva ser afastada de suas atividades habituais no trabalho.*"

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia, a presença da incapacidade laborativa da autora, a justificar a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Nada obsta, entretanto, que a autora venha a pleitear o benefício em questão novamente, caso haja alteração de seu estado de saúde.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003526-58.2007.4.03.6127/SP
2007.61.27.003526-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : EDSON DONIZETTI BRUSCATO

ADVOGADO : REGINA CELIA DEZENA DA SILVA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARINA DURLO NOGUEIRA LIMA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença proferida em ação onde se objetiva a concessão do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o autor à verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, com execução condicionada à perda da condição de necessitado. Custas na forma da lei.

Apelou a parte autora alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, requerendo a anulação da r. sentença para realização de nova perícia médica. No mérito, pleiteia a concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, o indeferimento do pedido de realização de nova perícia não implica cerceamento de defesa, visto que o juiz deve decidir de acordo com o seu convencimento, apreciando livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos (art. 131 do CPC).

Neste sentido, cito o precedente:

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, visto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se de fatos, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

Inexiste violação do artigo 535 do CPC, quando o magistrado decide todas as questões postas na apelação, mesmo que contrárias à sua pretensão.

Agravo regimental desprovido."

(STJ, AgRg no REsp. nº 494.902/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. 15.09.2005, v.u., DJ 17.10.2005).

Ainda que assim não fosse, o laudo médico pericial de fls. 127/131 analisou as condições físicas do autor e respondeu suficientemente aos quesitos das partes.

No mérito, conforme o disposto no artigo 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

No tocante à presença de moléstia incapacitante, verifica-se do laudo médico pericial (fls. 127/131) que o autor, serviços gerais, hoje com 47 anos de idade, é portador de neurose depressiva compensada e angina de peito estável. Afirma o perito médico que o autor apresenta-se orientado no tempo e no espaço, sem sinais de psicose e cardiologicamente estável. Conclui que o autor não está incapacitado para o trabalho, fato reiterado pela consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, ora realizada, onde consta que o autor está laborando normalmente na empresa "GRSA Serviços Ltda" desde 01.03.2010, possuindo vínculo empregatício anterior com a empresa "Fumeni Indústria e Comércio Ltda." no período de 28.07.2008 a 01.02.2010.

Assim, ausentes os requisitos autorizadores da aposentadoria por invalidez, ou mesmo do auxílio-doença, conforme o disposto nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, mantendo a r. sentença por seus fundamentos.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005006-71.2007.4.03.6127/SP

2007.61.27.005006-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOAO PIRES

ADVOGADO : MARCELO GAINO COSTA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCIUS HAURUS MADUREIRA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*não há razão para que o apelante, como condição prévia ao ajuizamento da ação, deflagre pedido administrativo quando antevê que a pretensão não encontra a acolhida esperada na via administrativa*".

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, constato que as razões de apelação do autor não guardam pertinência com a sentença recorrida. Ocorre que a r. sentença recorrida versava sobre julgamento de mérito do pedido de desaposentação ao passo que as razões recursais da presente apelação estão assentadas em suposta exigência de prévio requerimento administrativo. Sobe o tema, trago à colação os seguintes precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO INATACADOS.

1. Razões de recurso que se encontram completamente dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida, que não tratou do mérito da causa por ausência de pressupostos recursais específicos.

2. Agravo regimental não conhecido."

(REsp 402722, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 24.11.2003, pág. 212);

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RAZÕES DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Não se conhece de agravo regimental cujas razões estejam dissociadas dos fundamentos da decisão agravada.

2. Incidência da Súmula nº 182 do STJ.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 361615/PR, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma, DJ 24/02/2003 p. 317).

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, cujas razões estão dissociadas do fundamento da sentença recorrida.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006156-16.2007.4.03.6183/SP

2007.61.83.006156-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO DA SILVA NETO

ADVOGADO : VERA CRISTINA XAVIER e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para renúncia à aposentadoria.

Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposestação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006507-86.2007.4.03.6183/SP

2007.61.83.006507-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOAO DA SILVA VALADAO

ADVOGADO : ABEL MAGALHAES e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00065078620074036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a renúncia ao benefício previdenciário.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposestação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposestação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social,

em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007248-29.2007.4.03.6183/SP

2007.61.83.007248-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : GILBERTO PEDRO DE LIMA

ADVOGADO : SILMARA LONDUCCI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JANDYRA MARIA GONCALVES REIS e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a possibilidade de renúncia ao benefício.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007667-49.2007.4.03.6183/SP
2007.61.83.007667-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOSE CARLOS SANTOS

ADVOGADO : SILMARA LONDUCCI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADARNO POZZUTO POPPI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a renúncia ao benefício.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021915-81.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.021915-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ISAEL CAMPINEIRO

ADVOGADO : JOÃO PAULO AVANSI GRACIANO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSEMAR ANTONIO GIORGETTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00216-7 2 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação de sentença interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.
 - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
 - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.
 - Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.
 - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
 - Agravo desprovido.
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado.

Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024751-27.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.024751-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARCOS FRATICELLI

ADVOGADO : JOÃO PAULO AVANSI GRACIANO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSEMAR ANTONIO GIORGETTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00234-7 2 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1.060/50

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a renúncia ao benefício vem sendo admitida pelo E. STJ.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposeção*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposeção, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado. Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social,

em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0033437-08.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.033437-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : MARIA LUCIA ZANINI CORRAL

ADVOGADO : ABEL SANTOS SILVA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : SUZETE MARTA SANTIAGO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00121-5 2 Vr ITAPETININGA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 13-07-2007 em face do INSS, citado em 03-08-2007, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o implemento do requisito etário (29-03-2006).

A r. sentença proferida em 12-12-2007 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não restou caracterizado o exercício da atividade rural em regime de economia familiar, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 4.560,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não restou caracterizado o exercício da atividade rural em regime de economia familiar, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise do mérito.

Nos termos da inicial, afirma a parte autora, nascida em 29-03-1951, que sempre exerceu a função de rurícola, tendo trabalhado em regime de economia familiar durante toda a sua vida.

A requerente juntou aos autos: certidão de casamento, celebrado em 26-04-1975, com Antonio Corral, qualificado como lavrador (fl. 10); documento do sistema Dataprev, constando a inscrição de seu marido como produtor rural equiparado a autônomo, com data de início de atividade em 13-07-1979 (fl. 12); declaração particular de que exerceu trabalho rural em regime de economia familiar (fl. 13); escritura de venda e compra de um imóvel rural situado no Morro do Alto, Itapetininga/SP, adquirido pela parte autora e seu cônjuge, datada de 11-06-1979 (fl. 14/16); declaração cadastral, indicando seu marido como produtor rural, com data de início da atividade em 29-10-1979 (fl. 17); guia de recolhimento de Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, no qual o seu cônjuge consta como contribuinte (fl. 18); certificado de cadastro do referido imóvel rural no INCRA, relativo ao ano de 1978 (fl. 19); comprovantes de pagamento do Imposto Territorial Rural - ITR, referentes aos anos de 1992/2005 (fls. 21/43); notas fiscais, emitidas no período de 1990 a 1993 e 1995 a 2006, indicando seu cônjuge como produtor rural e como consumidor de produtos utilizados na criação de gado (fls. 44/72); entrevista rural no INSS (fl. 73/74); documentos emitidos pela autarquia relativos ao procedimento administrativo para a concessão do benefício (fls. 75/90) e Cadastro de Pessoa Física do CNIS, onde consta a inscrição de seu marido como segurado empresário, com data de início da atividade em 29-03-1993 (fl. 91).

Cumpra esclarecer o que se entende por regime de economia familiar. Aduz o art.11, §1º, da Lei 8.213/91, que esta forma de exercício rural refere-se à atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria

subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

No caso, verifica-se que a Fazenda Morro Alto, de propriedade da parte autora, na qual alega ter trabalhado como rurícola, apresenta área considerável de 108 alqueires ou 263,29 ha (fl. 14-v), sendo classificada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) como - "**Latifúndio para a exploração**" (fl. 19).

Com efeito, o documento das fls. 40/43 e os depoimentos das testemunhas (fls. 114/115) demonstram que a criação de gado atingia um rebanho de aproximadamente 300 a 400 cabeças e que a produção extrativista do módulo rural em questão excedia o indispensável ao seu sustento e ao de sua família, tornando-se inviável enquadrá-la como segurada especial - pequena produtora rural, que vive sob o regime de economia familiar.

Outrossim, a análise das notas fiscais colacionadas nas fls. (fls. 44/72) revela o abundante consumo de vacinas para gado e outros insumos agrícolas, bem como a considerável comercialização de bois para pasto, além de indicar como destinatários da produção leiteira realizada na propriedade da autora, a Cooperativa de Laticínios de Sorocaba (fl. 65) e a S.A. Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor (fl. 57), ficando clara a descaracterização do regime de economia familiar.

Destarte, por não ser enquadrada a sua atividade nos limites do conceito de "regime de economia familiar", imprescindíveis tornam-se as contribuições previdenciárias que, no presente caso, não foram recolhidas pela parte autora.

É neste sentido o entendimento jurisprudencial:

"PREVIDENCIÁRIO-APOSENTADORIA POR IDADE - EXPLORAÇÃO DE PROPRIEDADE SOB REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA E VOLUME DE PRODUÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO.

1. Para que se configure a exploração de propriedade sob o regime de economia familiar, é mister que as atividades sejam desenvolvidas pela própria família em regime de cooperação e dependência.

2. A contratação de mão de obra de terceiros e o grande volume de produção descaracterizam aquela situação.

3. Não se enquadrando o Autor como pequeno proprietário, deve ele comprovar a contribuição para a Previdência no período determinado pela legislação.

4. Apelo provido.

5. Prejudicada a Remessa Oficial.

6. Sentença reformada."

(TRF 1ª REGIÃO, AC 01000958180. Rel. Juiz Catão Alves. DJ.31/07/00, pág.22).

"PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR IDADE - RURAL - ART. 143 DA LEI Nº 8.213/91 - REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR NÃO CONFIGURADO - APELAÇÃO DO INSS PROVIDA - SENTENÇA REFORMADA.

1. Os documentos anexados aos autos revelam razoável produção agrícola, incompatível com o regime de economia familiar, que é delimitado pela pequena propriedade rural, com pequenas e rudimentares culturas de subsistência, revelando ser o requerente, empregador rural.

2. Ademais, a Lei nº 8.213/91 não admite prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço, dispondo o art. 55, § 3º, dessa Lei, que a prova testemunhal só produzirá efeito quando baseada em início de prova material.

3. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, suspendendo sua execução, a teor do que preceitua o art. 12 da Lei nº 1.060/50.

4. Apelação do INSS provida.

5. Sentença reformada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 200003990599149/SP, 7º T., REL. DES. LEIDE POLO, D.: 22/08/2005, DJU DATA:22/09/2005 PÁGINA: 260).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, em face da descaracterização do exercício da atividade rural em regime de economia familiar e, por conseguinte, da não comprovação de recolhimentos ao erário público, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0046093-94.2008.4.03.9999/MS

2008.03.99.046093-6/MS

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WISLEY RODRIGUES DOS SANTOS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MERSICE DA LUZ
ADVOGADO : RENATA MOCO
No. ORIG. : 08.00.00260-3 1 Vr AQUIDAUANA/MS

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 13-02-2008 em face do INSS, citado em 11-03-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data do requerimento administrativo (06-11-2006, fl. 42).

A r. sentença proferida em 07-05-2008 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício pleiteado, a partir da citação, sendo os valores em atraso corrigidos monetariamente, desde os seus respectivos vencimentos, e de acordo com os mesmos índices de reajuste utilizados na atualização de benefícios previdenciários, segundo a Lei n.º 8.213/91 (art. 41) e suas alterações posteriores (Lei n.º 8.542/92, Lei n.º 8.880/94 e legislação superveniente), com incidência de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença (Súmula n.º 111 do STJ).

Inconformada, apela a autarquia, argumentando que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício. Caso mantido o *decisum*, requer a redução do percentual fixado a título de verba honorária.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora comprovou o exercício da atividade rural, bem como o requisito idade, dando ensejo à concessão da aposentadoria pleiteada.

Insurge-se o INSS contra essa decisão, sustentando em suas razões de recurso que a requerente não preencheu os requisitos exigidos, especialmente no que tange à comprovação da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, correspondente à carência do benefício pretendido. Aduz, outrossim, não haver um início razoável de prova material a comprovar a atividade exercida nas lides rurais.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 03-09-1950, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais.

A requerente juntou aos autos os seguintes documentos: certidão de seu nascimento, lavrada em 14-07-1954, constando como sua residência a "Fazenda Taboco", situada no município de Aquidauana/MS (fl. 15); declaração de exercício de atividade rural no imóvel indicado como de sua propriedade, denominado "Sítio Herval", no período de 15-04-1991 a 06-11-2006, apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Aquidauana/MS, com data de 06-11-2006 (fls. 16/17); escritura pública de venda e compra, datada de 26-10-2004, na qual a parte autora figura como co-adquirente de um imóvel rural situado naquele mesmo município (fls. 18/19 e fls. 46/53); documentos relativos ao Imposto Territorial Rural - ITR referentes ao "Sítio Erval", nos exercícios de 2005/2006, apontando um de seus co-proprietários, seu irmão Constâncio da Luz, como contribuinte (fls. 20/23).

Ademais, em sede de contestação, o INSS apresentou cópia do procedimento administrativo instaurado pela requerente para fins de obtenção de sua aposentadoria (fls. 42/86), no qual, além dos documentos acima mencionados, constam "entrevista rural" do segurado (fls. 54/55), certidão de óbito do genitor da parte autora, lavrada em 15-04-1991, em que este é qualificado como lavrador (fl. 68); termos de depoimento de testemunhas (fl. 70/71), nos quais afirmam que parte autora trabalhou na condição de rurícola; Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), indicando a inscrição da requerente como segurada autônoma, na ocupação de cozinheira, em 01-03-1985, bem como o recolhimento de contribuições previdenciárias nesta condição, no período de janeiro a junho de 1985 (fl. 74 e fls. 78/80); e certidão de batismo da parte autora (fl. 82).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que a certidão de nascimento, bem como a certidão de batismo acostadas nas fls. 15 e 82 dos autos não podem ser consideradas como início de prova material para comprovar a atividade rural realizada pela parte autora, uma vez que nelas não consta sequer a qualificação de seus genitores, não fazendo qualquer referência ao trabalho exercido pela requerente durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária.

No tocante à declaração de exercício de atividade rural apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais (fls. 16/17), observo que até o advento da Lei nº 9.063, de 14-06-1995, bastava a homologação pelo Ministério Público para que a referida declaração servisse como prova alternativa do exercício de atividade rural; após esta lei, a declaração passou a ter de ser homologada pelo INSS para que fizesse tal prova. No caso da apelante, todavia, as declarações não foram homologadas nem pelo Ministério Público, nem pelo INSS.

Por sua vez, a escritura de venda e compra e os documentos relativos ao Imposto Territorial Rural - ITR, nos exercícios de 2005/2006 (fls. 18/23) demonstram apenas a existência da propriedade, na qual a parte autora alega ter trabalhado, porém não comprovam o seu efetivo labor no meio rural.

Com relação à declaração de trabalho rural prestada pela requerente, na entrevista realizada perante o INSS (fl. 54/55) a jurisprudência é pacífica no sentido de que tal documento equipara-se ao depoimento pessoal, assim como os depoimentos de terceiros (fls. 70/71) equivalem à prova testemunhal, colhidas sem o crivo do contraditório.

Acrescente-se que tais documentos recentes não são suficientes para comprovar a atividade rural exercida pela parte autora pelo lapso temporal exigido pelo art. 142 da Lei nº 8.213/91 (inclusive a inscrição como segurada especial em 06-11-2006 - fl. 80), não havendo nenhum outro documento mais remoto que demonstre referido labor.

Outrossim, no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fl. 74 e fls. 78/80), consta, ainda, que a parte autora possui inscrição na Previdência Social como segurada autônoma, na ocupação de cozinheira, em 01-03-1985, tendo efetuado recolhimentos como contribuinte individual, no período, de 01/1985 a 06/1985.

Sendo assim, não há como se concluir que ela sempre foi trabalhadora rural, conforme alegado na exordial, em face da fragilidade da prova material a corroborar a testemunhal, durante o período de carência exigido pelo mencionado artigo da legislação previdenciária.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ).

IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada." (TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, **dou provimento à apelação do INSS**, para julgar improcedente o pedido. Deixo de condenar a parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0047263-04.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.047263-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS PUTTINI SOBRINHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : ANTONIO JESUS NETTO
ADVOGADO : JOAQUIM ROQUE NOGUEIRA PAIM
No. ORIG. : 08.00.00001-9 2 Vr ITATIBA/SP
DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 29-01-2008 em face do INSS, citado em 22-02-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.
A r. sentença proferida em 10-06-2008 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício pleiteado, a partir da data do ajuizamento da ação, sendo os valores em atraso corrigidos monetariamente, desde os seus respectivos vencimentos, com incidência de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.
Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença.
Inconformado, o INSS apresentou recurso de apelação alegando, preliminarmente, a necessidade de recebimento do recurso interposto em seu duplo efeito. No mérito, sustenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício. Caso mantido o *decisum*, requer que o critério de correção monetária obedeça ao disposto no artigo 1º da Lei n.º 6.889/81, para que ocorra a partir do ajuizamento da ação, com incidência de juros moratórios, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do artigo 1536, § 2º, do Código Civil de 1916.
Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.
É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora comprovou o exercício da atividade rural, bem como o requisito idade, dando ensejo à concessão da aposentadoria pleiteada.
Inconformado, o INSS apresentou recurso de apelação alegando, preliminarmente, a necessidade de recebimento do recurso interposto em seu duplo efeito. No mérito, sustenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício.
Primeiramente, observo que a preliminar arguida pelo INSS, pleiteando que a apelação interposta seja recebida no duplo efeito, já foi devidamente apreciada pelo MM. Juiz *a quo* ao analisar os requisitos de admissibilidade do referido recurso, razão pela qual deixo de conhecê-la.
Passo, então, à análise da questão.
Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 16-12-1947, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais.
O requerente juntou aos autos os seguintes documentos: certidão de seu casamento, celebrado em 05-01-1974 (fl. 11) e certidão de nascimento de seus filhos, lavradas, respectivamente, em 28-06-1982 e 22-07-1975 (fls. 12/13), todas

qualificando-o como lavrador; contrato de parceria agrícola com data de 18-04-1977, firmado por prazo indeterminado, entre o autor, na condição de parceiro-trabalhador, e o seu sogro, Deusdedit Parise, como parceiro-proprietário do imóvel rural situado no município de Itatiba/SP (fl. 14); documentos referentes ao pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, no exercício de 2007, em relação ao "Sítio Coralinho" e ao "Sítio São João", em todos constando o seu sogro como contribuinte (fls. 15/20); CTPS própria com registros de trabalho urbano, na ocupação de operário, nos períodos de 01-03-1972 a 31-05-1972 e 12-03-1973 a 01-07-1973 (fls. 21/23); comprovantes de recolhimento de contribuições previdenciárias, no período contínuo de março/1982 à setembro/1999 (fls. 24/62). Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a configuração de início razoável de prova material do efetivo exercício de atividade rural pela parte autora pelo tempo necessário à concessão do benefício, nos termos da legislação previdenciária, visto que a CTPS das fls. 21/23 indica que o requerente exerceu trabalho urbano, na ocupação de operário, nos períodos de 01-03-1972 a 31-05-1972 e 12-03-1973 a 01-07-1973 (fls. 21/23), e os comprovantes de recolhimento das fls. 24/62 demonstram que esteve vinculado à Previdência Social, como contribuinte individual, por um longo período contínuo, de março/1982 à setembro/1999, fatos estes corroborados pelas informações contidas no CNIS das fls. 75/77, o que descaracteriza a sua condição de rurícola.

Por sua vez, os documentos relativos ao Imposto Territorial Rural - ITR, nos exercícios de 2007 demonstram apenas a existência dos imóveis rurais de propriedade do sogro do requerente, nas quais este alega ter trabalhado, porém não comprovam o seu efetivo labor no meio rural.

Acerca da descaracterização da qualidade de rurícola, pela existência posterior de vínculo de trabalho urbano e pelo recolhimento de contribuições como autônomo/contribuinte individual, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido no julgamento do REsp n.º 2003/0206722-0, cuja ementa segue transcrita abaixo:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. SEGURADO ESPECIAL. DESCARACTERIZAÇÃO. BENEFÍCIO INDEVIDO.

1. Por força do disposto no inciso I do § 8º do art. 9º do Regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3.048/99, não se considera segurado especial o membro do grupo familiar que possui outra fonte de rendimento decorrente do exercício de atividade remunerada.

2. A teor do disposto no art. 143 da Lei nº 8.213/91, o trabalhador rural pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo do benefício, em número de meses idêntico à respectiva carência.

3. Verificado que, no período imediatamente anterior ao requerimento, a recorrida exerceu atividade urbana, bem como efetuou contribuições como autônoma, revela-se descabida a concessão do benefício de aposentadoria rural.

4. Recurso especial provido.

(STJ. REsp.608190/RS. Recurso Especial 2003/0206722-0. Ministro PAULO GALLOTTI. T-6- Sexta Turma. DJ:17/05/2005. Data da Publicação: 06/06/2005, p. 379)."

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ.

1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos.

4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ).

IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada." (TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, **dou provimento à apelação do INSS**, para julgar improcedente o pedido. Deixo de condenar a parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0047295-09.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.047295-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOSE CARLOS FRONZA

ADVOGADO : JOÃO PAULO AVANSI GRACIANO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSEMAR ANTONIO GIORGETTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00265-1 2 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigenia aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado.

Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposestação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0049663-88.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.049663-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : MARINA ELICE BRANCO SANDRIM

ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE DE LIMA VERGILIO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LAERCIO PEREIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00121-1 3 Vr MATAO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 27-10-2006 em face do INSS, citado em 30-07-2007, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o implemento do requisito etário (26-12-1998).

A r. sentença proferida em 30-04-2008 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 4.200,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 26-12-1943, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, a requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 18-12-1971, com Reinaldo José Sandrim, qualificado como lavrador (fl. 12).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

Por outro lado, a prova testemunhal colhida nos autos mostra-se frágil, **não servindo à comprovação, assim, do efetivo labor durante o lapso temporal exigido** nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica nos depoimentos das fls. 65/69.

Neste sentido, ressalte-se que ambas as testemunhas afirmaram que o cônjuge da requerente fazia "bicos" de pedreiro e que, na época do depoimento (abril/2008), exercia tal ocupação, o que torna inviável caracterizá-lo como rurícola, e por consequência, estender tal qualificação à parte autora.

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre o documento apresentado como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que a requerente sempre foi lavradeira, como afirmado na inicial.

Ademais, segundo consulta realizada ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS por este relator, o cônjuge da requerente possui inscrição como segurado empresário, desde 01-06-1977, tendo efetuado diversos recolhimentos à Previdência Social, na condição de contribuinte individual, nos períodos de 01-1985 a 03-1986, 05-1986 a 06-1986, 08-1986 a 05-1989, 08-1989 a 05-1990, 07-1990 a 06-1991, 08-1991 a 11-1991, 01-1992 a 04-1993, 06-1993 a 10-1993, 12-1993 a 08-1995, 11-1985 a 10-2002, 12-2002 a 09-2003, 11-2003 a 12-2004, vindo a aposentar-se, por tempo de contribuição, em 01-07-2004, como trabalhador urbano.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado no julgamento do AgRG no Ag 1280513/SP - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 2010/0035498-6, acórdão proferido pela Relatora Ministra Laurita Vaz, T5- Quinta Turma, Data do Julgamento: 20/04/2010. Dje 10/05/2010, abaixo colacionado:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. UTILIZAÇÃO DE ASSALARIADOS, CONFORME CONSTATADO PELA CORTE DE ORIGEM. BENEFÍCIO INDEVIDO. DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME PELA CORTE DE ORIGEM. REVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N.º 7/STJ. DOCUMENTOS QUALIFICANDO O CÔNJUGE COMO TRABALHADOR RURAL. EXERCÍCIO POSTERIOR DE ATIVIDADE URBANA. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme estabelece o art. 11, inciso VII, § 1.º, da Lei n.º 8.213/91, "Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes." (grifei)

2. Na hipótese em apreço, a Corte de origem assinalou que houve, no caso em tela, utilização de mão de obra assalariada na propriedade do cônjuge da Autora, descaracterizando, assim, o alegado labor rurícola em regime de economia familiar.

3. Desse modo, em observância ao que prescreve a norma acima citada, não há como acolher o pleito de concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, sob alegação de exercício de atividade rurícola sob o regime de economia familiar.

4. Ademais, registre-se, neste particular, que, se o Tribunal a quo, soberano na análise de matéria fático-probatória, constatou a existência de mão-de-obra assalariada na propriedade do cônjuge da Autora, descaracterizando o alegado regime de economia familiar, é certo afirmar que a pretensão recursal de reforma do aresto recorrido, sob a alegação de que ficou devidamente comprovada a não utilização de trabalhadores assalariados, não pode ser apreciada nesta instância, diante do comando contido na Súmula n.º 07/STJ.

5. Como se não bastasse, a instância a quo constatou que o marido da parte autora havia se tornado empregado urbano, na condição de comerciário, o que resultou na concessão do benefício de pensão por morte à ora Agravante. Tem-se, assim, que a condição de lavrador do cônjuge da Autora, apontada nos documentos apresentados como início de prova material, não perdurou, em razão do exercício posterior de atividade urbana. Não há, portanto, início de prova material apto a sustentar o alegado labor rural, razão pela qual não há como conceder o pleiteado benefício.

6. Agravo regimental desprovido." (destaques nossos)

Acrescente-se que a requerente não juntou aos autos documento em nome próprio, a fim de comprovar a sua alegada permanência nas lides rurais.

Assim, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial e, devido à fragilidade da prova testemunhal, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00020 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0054596-07.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.054596-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LEONORA MARIA VASQUES VIEIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : JOSE ROBERTO DE TOLEDO PIZA
ADVOGADO : JOSE ALBERTO BARBOSA JUNIOR
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE APARECIDA SP
No. ORIG. : 07.00.00037-3 1 Vr APARECIDA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença procedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Apela o INSS, alegando, em síntese, que não se trata de renúncia pura e simples ao benefício, mas sim do aproveitamento das contribuições sociais, recolhidas por conta do exercício de atividade remunerada após a concessão do benefício, no cálculo de uma nova renda mensal inicial, sem autorização legal para tanto.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação

infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigenia aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, § 1º-A do CPC, **dou provimento** à apelação do INSS para reformar a r. sentença nos termos em que explicitado.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Proceda a Subsecretaria à juntada de pedido de prioridade da parte autora.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056956-12.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.056956-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO MARCOS SANTINELLO

ADVOGADO : JOSE BRUN JUNIOR

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : KLEBER CACCIOLARI MENEZES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00057-4 1 Vr CHAVANTES/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 400,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a possibilidade de renúncia ao benefício sem devolução dos valores recebidos.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a

concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0057856-92.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.057856-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : IRENE MOREIRA DE QUEIROZ (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : SONIA BALSEVICIUS TINI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : PAULO MEDEIROS ANDRE
: HERMES ARRAIS ALENCAR

Trata-se de ação ajuizada em 13-03-2007 em face do INSS, citado em 21-05-2007, pleiteando o reconhecimento do período de exercício de atividade rural, bem como a concessão do benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data do indeferimento do requerimento administrativo (26-07-2006, fl. 22) A r. sentença proferida em 23-04-2008 julgou improcedente os pedidos, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa (R\$ 4.200,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A sentença recorrida julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 25-11-1932, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, em regime de economia familiar.

A requerente juntou aos autos os seguintes documentos: certidão de seu casamento, celebrado em 02-09-1954, com Francisco Mendes de Queiroz (fl. 13) e certidão de óbito de seu cônjuge, ocorrido em 28-01-1976, em ambas qualificado como lavrador (fl. 14); declaração do seu exercício de atividade rural, apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Capão Bonito/SP, com data de 15-08-2006 (fl. 15); formal de partilha, datado de 21-07-1954, no qual o seu cônjuge consta como inventariante e viúvo meeiro de Isaldina Mendes (fls. 16/20); certidão de registro de imóveis, datada de 27-01-1955, indicando o seu marido como adquirente de um imóvel rural, em comum com Júlia Mendes de Queiroz, situado no "bairro do Rio Abaixo", Capão Bonito/SP, como pagamento de sua legítima, em decorrência do falecimento de Isaldina Mendes (fl. 21).

Cumprido estabelecer o que vem a ser início de prova material e, para tanto, peço vênha para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como "início de prova". O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada em nome do marido não é, por si só, suficiente para a comprovação do efetivo exercício de atividade rural pelo tempo necessário à concessão do benefício, nos termos da legislação previdenciária, visto que o cônjuge da parte autora faleceu em 28-01-1976 (fl. 14), sendo que esta não apresentou nenhum documento posterior, em nome próprio, hábil a demonstrar a sua alegada permanência nas lides rurais até o implemento do requisito etário (1987).

No tocante à declaração de exercício de atividade rural apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais (fl. 15), observo que até o advento da Lei nº 9.063, de 14-06-1995, bastava a homologação pelo Ministério Público para que a referida declaração servisse como prova alternativa do exercício de atividade rural; após esta lei, a declaração passou a

ter de ser homologada pelo INSS para que fizesse tal prova. No caso da apelante, todavia, a declaração não foi homologada nem pelo Ministério Público, nem pelo INSS.

Por sua vez, o formal de partilha e a certidão de registro de imóveis das fls. 16/21 demonstram apenas a existência da propriedade na qual a parte autora alega ter trabalhado, porém não comprovam o seu efetivo labor no meio rural. Ademais, a prova testemunhal colhida nos autos mostra-se frágil, em desconformidade com o alegado pela parte autora na inicial, **não servindo à comprovação, assim, do efetivo labor rural durante o lapso temporal exigido** nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica nos depoimentos das fls. 59/60.

Neste sentido, impende destacar que a testemunha Laurindo Benício de Pontes foi categórica ao afirmar que: "(...) a autora era doméstica. Era o marido que trabalhava na roça. Nunca vi ela plantando."

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre os documentos apresentados como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que a autora sempre foi lavradeira, como afirmado na inicial.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, bem como devido à fragilidade da prova testemunhal, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0058320-19.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.058320-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : MARIA DE LOURDES QUIRINO (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : NIVALDO DE AGUIAR E SILVA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOAO LUIZ MATARUCO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 06.00.00258-4 1 Vr GUAIRA/SP
DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 06-12-2006 em face do INSS, citado em 21-03-2007, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o ajuizamento da ação.

A r. sentença proferida em 20-06-2008 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados, por equidade, em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Nas fls. 104/106, a requerente apresentou petição e documento, tendo o INSS se manifestado nas fls. 112/116.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

D E C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Primeiramente, afasto o pedido do INSS de desentranhamento do documento apresentado pela parte autora nas fls. 112/116, pois, apesar de ter sido juntado após a fase instrutória, não configurou prejuízo justificável à defesa.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 23-12-1947, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais.

A requerente juntou aos autos os seguintes documentos: CTPS própria, com registros de trabalho urbano, na ocupação de empregada doméstica, nos períodos de 02-01-1992 a 11-06-1992, 04-01-1999 a 15-04-2002 e 01-08-2005 a 19-04-2006 (fls. 11/15); certidão de seu casamento, celebrado em 04-06-1966, com Antonio Pereira dos Anjos Filho, contendo averbação do divórcio ocorrido em 21-11-1991 (fls. 16 e 16-v), e certidões de nascimento dos filhos do casal, lavradas, respectivamente, em 03-11-1967, 24-11-1969 e 13-08-1973 (fls. 17/19), em todas constando a qualificação de seu cônjuge como lavrador, além de sua Carteira do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guaíra/SP, datada de 02-08-1988 (fl. 106).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a comprovação da atividade rural desempenhada pela parte autora pelo período necessário à concessão do benefício, visto que a qualificação de lavrador do marido não pode ser extensiva à esposa, uma vez que a requerente divorciou-se de seu cônjuge em 21-11-1991, conforme documento da fl. 16-v, tendo implementado o requisito etário somente em 23-12-2002.

Outrossim, segundo revela a CTPS das fls. 11/15, a requerente possui registros de trabalho urbano, na ocupação de empregada doméstica, nos períodos de 02-01-1992 a 11-06-1992, 04-01-1999 a 15-04-2002 e 01-08-2005 a 19-04-2006, o que, no contexto probatório dos autos, descaracteriza a sua condição de rurícola.

Dessa forma, fica a prova documental apresentada sem o condão de amparar a pretensão da parte autora, não havendo qualquer outro documento posterior ao seu divórcio, bem como ao período de labor urbano acima mencionado a comprovar a sua alegada permanência nas lides rurais, ressalvando-se que a carteira de membro do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Guairá, acostada na fl. 106 dos autos, é datada de 02-08-1988.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ).

IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada." (TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10ª T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0058449-24.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.058449-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : LUZINETE PEREIRA DE SOUZA incapaz

ADVOGADO : DARIO SERGIO RODRIGUES DA SILVA

REPRESENTANTE : DOMINGAS BATISTA DE ARAUJO

ADVOGADO : DARIO SERGIO RODRIGUES DA SILVA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DANILO TROMBETTA NEVES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00029-4 1 Vr TEODORO SAMPAIO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), custas e despesas processuais, condicionada a sua execução à perda da condição de necessitada.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício em comento.

Transcorrido "in albis" o prazo para contra-razões.

O d. Ministério Público Federal opina, à fl. 131/132 pelo desprovimento da apelação da parte autora.

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 09.11.1970, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença, o qual está previsto no art. 59, da Lei nº 8.213/91 que dispõe:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico, elaborado em 11.08.2008 (fl. 98/101), atesta que a autora é surda-muda, não apresentando comprometimento para o exercício de atividades habituais, caminhadas, práticas esportivas e trabalho para o qual esteja capacitada.

Assim, verificando-se da peça técnica apresentada que a deficiência da autora é de natureza congênita, não impedindo o exercício de atividade laboral para a qual esteja capacitada, não restando demonstrado que houve agravamento de seu estado de saúde que a tenha impedido de trabalhar, não há como prosperar sua pretensão.

Dessa forma, não preenchendo a demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de auxílio-doença, a improcedência do pedido é de rigor.

Não há condenação da autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Int.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0059553-51.2008.4.03.9999/MS

2008.03.99.059553-2/MS

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : GUSTAVO FERREIRA ALVES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : VITORIA BARRIOS

ADVOGADO : BIANCA DELLA PACE BRAGA

No. ORIG. : 07.00.02908-6 2 Vr JARDIM/MS

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 20-11-2007 em face do INSS, citado em 15-01-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o ajuizamento da ação.

A r. sentença proferida em 10-06-2008 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício pleiteado, a partir da citação, sendo os valores em atraso corrigidos monetariamente, pela variação do IGPM ou outro índice que venha a substituí-lo, a partir das datas de seus respectivos vencimentos, com incidência de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até o trânsito em julgado da r. sentença. Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se a imediata implantação do benefício.

Inconformado, o INSS apresentou recurso de apelação alegando, preliminarmente, ser incabível a antecipação dos efeitos da tutela no presente caso, tendo em vista o perigo da irreversibilidade da decisão, razão pela qual pleiteia a suspensão dos efeitos da decisão, nos termos do artigo 558. No mérito, sustenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício. Caso mantido o *decisum*, requer a redução da verba honorária, a incidência de correção monetária, segundo o disposto no Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como a diminuição para 6% (seis por cento) ao ano do percentual fixado a título de juros de mora, nos termos da Lei n.º 9.494/97 e da MP n.º 2.180-95/2001.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

Por sua vez, recorre a parte autora de forma adesiva, no bojo de suas contrarrazões, pleiteando a alteração do termo inicial do benefício para a data do ajuizamento da ação.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora comprovou o exercício da atividade rural, bem como o requisito idade, dando ensejo à concessão da aposentadoria pleiteada.

Insurge-se o INSS contra essa decisão, sustentando em suas razões de recurso, preliminarmente, ser incabível a antecipação dos efeitos da tutela no presente caso, tendo em vista o perigo da irreversibilidade da decisão. No mérito, sustenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Primeiramente, observo que a preliminar arguida pelo INSS, pleiteando que a apelação interposta seja recebida no duplo efeito, já foi devidamente apreciada pelo MM. Juiz *a quo*, que recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo, ao analisar os seus requisitos de admissibilidade, tendo decorrido *in albis* o prazo para a autarquia recorrer, nos termos do disposto no artigo 522 do Código de Processo Civil.

Outrossim, a preliminar referente ao não cabimento da antecipação dos efeitos da tutela, por se tratar de uma consequência lógica da análise do mérito, posteriormente a ele será analisada.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 14-04-1949, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais.

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como "início de prova". O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a parte autora não apresentou um único documento sequer para a configuração de início razoável de prova material do efetivo exercício da atividade rural pelo período necessário à concessão do benefício, nos termos da legislação previdenciária.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos.

4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ).

IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."
(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10ª T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Com relação às declarações de ex-empregadores não contemporâneas (fls. 07/08), tais documentos equiparam-se à prova testemunhal, colhida sem o crivo do contraditório.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por inexistir início de prova material a comprovar o labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente e cassada a tutela antecipada anteriormente concedida.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, **dou provimento à apelação do INSS**, para julgar improcedente o pedido, **ficando prejudicado o recurso adesivo interposto pela parte autora**, devendo ser cassado o benefício de aposentadoria por idade rural concedido em favor da requerente. Deixo de condená-la nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0059947-58.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.059947-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : IRENE DE LIMA MACHADO
ADVOGADO : ALEXANDRE BULGARI PIAZZA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CARLOS PUTTINI SOBRINHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00023-5 1 Vr ITATIBA/SP
DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 12-02-2008 em face do INSS, citado em 29-02-2008, pleiteando o reconhecimento do tempo de serviço trabalhado no meio rural, bem como a concessão do benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 08-08-2008 julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 4.560,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A r. sentença proferida em 08-08-2008 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 04-05-1946, que, desde os 10 (dez) anos de idade, laborou nos meios rurais, permanecendo nesta atividade até 01-06-1960, quando, então, tornou-se empregada urbana.

A requerente juntou aos autos os seguintes documentos: certidão de casamento de seus genitores, celebrado em 21-09-1940, na qual o seu pai, Paulino de Lima, é qualificado como lavrador (fls. 08 e 10); certidão de seu casamento, celebrado em 28-09-1963, com Francisco Machado, qualificado como pedreiro (fl. 09); CTPS própria, com registros de trabalho urbano, nos períodos de 01-06-1960 a 1963 (estando ilegível a data de saída); 05-07-1979 a 10-11-1979, 05-07-1979 a 10-11-1979 e 03-09-1980 a 20-08-1981 (fls. 11/14); e guias da Previdência Social, indicando o recolhimento de contribuições, nos períodos de 09/1998 a 05/2000 e 02/2006 a 09/2007 (fls. 15/48).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que a única indicação de trabalho agrícola em tais documentos consta na certidão das fls. 08 e 10 e consiste na profissão exercida pelo pai da parte autora em data anterior a de seu nascimento (04-05-1946), não fazendo qualquer referência ao trabalho exercido pela requerente durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, ou sequer, pelo tempo mínimo de 4 (quatro anos) de atividade rural que a requerente pretende ter como reconhecido.

Outrossim, os demais documentos acostados aos autos pela parte autora referem-se todos a trabalhos de natureza urbana, como a qualificação de seu cônjuge como pedreiro (fl. 09), os vínculos empregatícios constantes em sua própria CTPS (fls. 11/14) e aos recolhimentos à Previdência Social por ela efetuados na qualidade de contribuinte individual (fls. 15/48), o que descaracteriza a sua condição de rurícola.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ.

1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ).

IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada." (TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10ª T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Sob outro aspecto, a concessão do benefício de aposentadoria por idade devida aos trabalhadores urbanos, que seria possível, em tese, de forma a não caracterizar julgamento *extra petita*, tendo em vista o caráter social que está presente nas ações previdenciárias, também é inviável no presente caso.

Para a concessão do referido benefício previdenciário torna-se necessário o implemento dos requisitos legalmente exigidos, nos termos do artigo 48 da Lei nº 8.213/91:

"Art. 48 - A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9032, de 28/04/95)"

In casu, a parte autora, nascida em 04-05-1946, completou o requisito etário (60 anos), em 04-05-2006, em data anterior, portanto, à propositura da ação.

A legislação previdenciária exige a comprovação do recolhimento de contribuições pelo número de meses referente à carência do benefício pleiteado, em conformidade com a tabela do artigo 142, da Lei 8.213/91, tendo em vista que a requerente estaria coberta pela Previdência Social Urbana anteriormente à edição da referida lei (fls. 11/14).

Com efeito, não logrou êxito a parte autora quanto à comprovação deste último requisito, pois não demonstrou o recolhimento de contribuições previdenciárias por 150 (cento e cinquenta) meses, levando-se em consideração o ano do implemento do requisito etário (2006).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade devida aos rurícolas, em face da ausência de comprovação por início razoável de prova material da atividade rural, restando a prova exclusivamente testemunhal e inexistentes os pressupostos para a concessão de aposentadoria por idade a que fazem jus os trabalhadores urbanos, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001212-77.2008.4.03.6104/SP
2008.61.04.001212-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : TAGIBE GERALDO FILHO

ADVOGADO : JOSE LAURINDO GALANTE VAZ e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOURENA MELO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00012127720084036104 5 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para a renúncia à aposentadoria. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigenia aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado.

Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00028 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0012068-03.2008.4.03.6104/SP

2008.61.04.012068-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : EDNA MARIA ALESSIO DE AGUIAR (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : SERGIO HENRIQUE PARDAL BACELLAR FREUDENTHAL e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOURENA MELO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SANTOS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00120680320084036104 3 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é direito patrimonial disponível e que, portanto, admite renúncia.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social,

em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00029 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008438-33.2008.4.03.6105/SP

2008.61.05.008438-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : TOSSIO TAKEUCHI

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANA PAULA FERREIRA SERRA SPECIE

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011583-97.2008.4.03.6105/SP

2008.61.05.011583-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ANTONIO COUTINHO REZENDE (= ou > de 65 anos)
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por ANTONIO COUTINHO REZENDE, em face da r. sentença proferida em ação previdenciária onde se objetiva a revisão de seu benefício, com a incidência de diversos índices de reposição do valor da moeda.

A r. sentença julgou extinto o processo nos termos do art. 269, IV, do CPC. Condenou o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, suspenso a execução até que sobrevenha modificação na situação econômica do autor.

Em razões recursais, sustenta o autor, em síntese, ser devido o reajuste do benefício na mesma proporção do reajuste do salário de contribuição, de modo a garantir a irredutibilidade de vencimentos e o valor real do benefício, conforme determina os arts. 20, § 1º e 28, § 5º, da Lei nº 8.212/91. Aduz que referidos dispositivos legais são claros ao determinar que os salários de contribuição sejam reajustados na mesma época e com os mesmos índices que os reajustes dos benefícios de prestação continuada. Alega ser devida a aplicação do INPS ao invés do IGP-DI. Requer o provimento do recurso.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Não é de ser conhecida a apelação, visto encontrarem-se as razões nela aduzidas totalmente dissociadas da sentença recorrida.

A r. sentença de fls. 101/102 julgou extinto o processo, diante do reconhecimento da decadência do direito de pleitear a revisão.

Por seu turno, a apelação apresentada pela parte autora pugna pelo reajuste que totalizam 42,5%, concedidos ao custeio do sistema por meio de Portarias Ministeriais e não repassados aos benefícios em manutenção, matéria não tratada na r. sentença. Em suas razões sustenta que fundamenta seu pedido nos arts. 20, 28 e 102 da Lei 8.212/91, arts. 201, § 4º, 195, § 4º, da CF e no art. 14 da EC 20/98 e na EC 41/2003.

Registre-se, a propósito, entendimento iterativo do E. Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual "*não pode ser conhecido o recurso cujas razões estão dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida*" (in: RESP nº 834675/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julg. 14.11.2006, v.u., DJ 27.11.2006).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora. Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011829-93.2008.4.03.6105/SP
2008.61.05.011829-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : JOSE GILBERTO SANCHES
ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARILIA CYSNEIROS CAVALCANTI DE MENEZES e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é direito patrimonial disponível que, portanto, comporta renúncia. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observe que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)**

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)**

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em

todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- *Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.*

IV- *O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.*

V- *As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.*

VI- *Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.*

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011960-68.2008.4.03.6105/SP
2008.61.05.011960-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : OSWALDO DE LIMA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o*

objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, Manual de Direito Previdenciário. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE.

ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRADO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a desvalorização de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012081-96.2008.4.03.6105/SP

2008.61.05.012081-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOSE DOS SANTOS DE ALMEIDA

ADVOGADO : LUDMILA HAYDEE DE CAMPOS FREITAS e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00120819620084036105 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável, bem como reconhecer a inconstitucionalidade do fator previdenciário e o direito do autor em computar os valores recebidos a título de décimo terceiro no cálculo da RMI.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há inépcia da inicial em relação ao pedido de inclusão da gratificação natalina no cálculo da RMI. Sustenta, ainda, que o E. STJ vem admitindo a renúncia ao benefício sem a restituição dos valores recebidos.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

De início, deixo de analisar a questão de constitucionalidade do fator previdenciário por não ter sido objeto da presente apelação, eis que a simples reiteração do pedido, ao final, não tem o condão de demonstrar as razões do inconformismo da parte em relação aos fundamentos da r. sentença recorrida.

A despeito do cômputo dos valores recebidos a título de décimo terceiro salário no cálculo da RMI do benefício, ressalto que meu entendimento pessoal diverge da jurisprudência consolidada nesta 10ª. Turma, porque convicta de que é indevida a inclusão da gratificação natalina no cálculo do salário de benefício.

Entretanto, mesmo diante do entendimento desta Colenda Turma, não se aplica a redação original do Art. 28, § 7º, da Lei 8.213/91 para que os valores recebidos a título de décimo terceiro salário sejam computados no cálculo da renda mensal inicial.

Ocorre que, no caso dos autos, a data de início do benefício de aposentadoria, NB 025.379.276-2, é de 05.05.1995 (fl. 53), portanto, posterior à Lei 8.870, publicada em 16.04.94, que veda a inclusão da gratificação natalina.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a revisão dos benefícios previdenciários obedece ao princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o seu cálculo deverá ser feito de acordo com a legislação vigente à época em que preenchidos os requisitos a ele necessários. É o que se vê no julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes.

Desta forma, deve ser aplicada a Lei 8.870/94, que veda o cômputo da gratificação natalina no cálculo do salário-de-benefício.

Por fim, com relação ao pedido de renúncia ao benefício, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÔBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

- As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006344-97.2008.4.03.6110/SP

2008.61.10.006344-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ORLEI OLIVEIRA DOS SANTOS
ADVOGADO : KELLER DE ABREU e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ADRIANA DOS SANTOS MARQUES BARBOSA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00063449720084036110 2 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para a renúncia à aposentadoria.

Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposeição, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social. Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional. Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado. Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposeição*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposeição*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSEIÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. - A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.
- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.
- As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
- Agravo desprovido.
(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000909-33.2008.4.03.6114/SP

2008.61.14.000909-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : RAIMUNDO ANDRE DA SILVA
ADVOGADO : ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELIANA FIORINI VARGAS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00009093320084036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação

infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigenia aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002333-04.2008.4.03.6117/SP
2008.61.17.002333-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : CELINA DE AZEVEDO SODRE FLORENCE
ADVOGADO : RITA DE CÁSSIA GOMES VELIKY RIFF e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : WAGNER MAROSTICA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a possibilidade de renúncia à aposentadoria.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- *A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*

- *O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.*

- *As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.*

- *Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.*

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

- *Agravo desprovido.*

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da

desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00037 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004972-65.2008.4.03.6126/SP
2008.61.26.004972-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ROBERTO BALDIN (= ou > de 65 anos)

ADVOGADO : MURILO GURJÃO SILVEIRA AITH e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FABIO ALMANSA LOPES FILHO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00049726520084036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável. A verba honorária foi fixada em R\$ 1.000,00, observado o Art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRADO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 11 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00038 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000718-72.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.000718-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : LUCIA ALVES DE ARAGAO

ADVOGADO : VANESSA BRUNO RAYA LOPES e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANA AMELIA ROCHA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00007187220084036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende

com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC).

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer

em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00039 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000918-79.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.000918-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MOACYR GONCALVES

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANA AMELIA ROCHA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00009187920084036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social,

em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00040 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001194-13.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.001194-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : SONIA MARIA DAS DORES

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a

concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00041 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001295-50.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.001295-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ROMILDO DOS SANTOS ZUZA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação de pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00042 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002508-91.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.002508-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : LAZARA MARIA JOSE MACETE NOGUEIRA CESAR
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- *A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*
 - *O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.*
 - *As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.*
 - *Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.*
 - *As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.*
 - *Agravo desprovido.*
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)*

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00043 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003844-33.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.003844-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : GUILHERMINO SOUSA DOS SANTOS

ADVOGADO : SILMARA LONDUCCI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a renúncia ao benefício.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposeção*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposeção, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à

Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- *Agravo desprovido.*

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00044 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004861-07.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.004861-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ADILSON MARQUES
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUCIANE SERPA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observe que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)**

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)**

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema. Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente

("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00045 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005159-96.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.005159-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : EDGARD AGUIAR DA ROCHA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUCIANE SERPA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveitosa, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00046 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005304-55.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.005304-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOSE RIBAMAR DA SILVA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JULIANA DA PAZ STABILE e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00047 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006136-88.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.006136-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ROBERTO NATALINO CICCOTTI (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : BRUNO DESCIO OCANHA TOTRI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JULIANA DA PAZ STABILE e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para renúncia à aposentadoria. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO.

*FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)*

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211,

CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00048 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006397-53.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.006397-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : VALTER ANTONIO RITA
ADVOGADO : CILEIDE CANDOZIN DE OLIVEIRA BERNARTT e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para a renúncia ao benefício previdenciário. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00049 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006554-26.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.006554-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : WALTER PASSARELLI

ADVOGADO : BRUNO DESCIO OCANHA TOTRI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUCIANE SERPA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal à renúncia ao benefício. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o

objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, Manual de Direito Previdenciário. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE.

ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRADO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a desvalorização de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00050 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007206-43.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.007206-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ANTONIO VIEIRA DO NASCIMENTO
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00072064320084036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à

Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- *Agravo desprovido.*

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00051 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008593-93.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.008593-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : SERGEJ HILINSKY
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observe que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há

decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente

("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela

Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B,

Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00052 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008594-78.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.008594-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : VILMA MARIA ALVES CRUZ

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveitosa, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00053 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008617-24.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.008617-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : MESSIAS AYRTON SCATENA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigenia aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00054 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009400-16.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.009400-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ELSON DA ROCHA BATISTA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00055 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009422-74.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.009422-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : VENANCIO DA COSTA SANTOS

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO -

IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00056 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009974-39.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.009974-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : LUIZ ROSENO DE LIMA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUCIANE SERPA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende

com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC).

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer

em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00057 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010042-86.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.010042-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : VERA LUCIA DOS SANTOS

ADVOGADO : LUCIANA DOS SANTOS PEREIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JULIANA DA PAZ STABILE e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida em ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal à renúncia ao benefício. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposeção*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposeção, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a segurança social.

Observe que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal

Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

00058 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012024-38.2008.4.03.6183/SP
2008.61.83.012024-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARIA CLARA MENUCCI

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ROBERTA ROVITO OLMACHT e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00120243820084036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a

concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00059 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012722-44.2008.4.03.6183/SP

2008.61.83.012722-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARIA ADELIA REIS

ADVOGADO : PAULA CRISTINA MOURÃO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LAURA DE SOUZA CAMPOS MARINHO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00127224420084036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não

reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria.

Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00060 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028166-81.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.028166-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : APARECIDO LINO PEREIRA SOBRINHO

ADVOGADO : JOÃO PAULO AVANSI GRACIANO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MANUEL CARLOS CARDOSO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.07966-7 3 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 1.000,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, passível de renúncia. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.
 - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
 - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.
 - Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.
 - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
 - Agravo desprovido.
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00061 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031212-78.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.031212-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOAO TRINDADE DE BRITO

ADVOGADO : CRISTINA DOS SANTOS REZENDE

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSEMAR ANTONIO GIORGETTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00209-0 2 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00062 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041621-16.2009.4.03.9999/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : MARTAN ROBERTO ROSA
ADVOGADO : FERNANDO TADEU MARTINS
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ROBERTO TARO SUMITOMO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00088-8 1 Vr TAMBAU/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1056/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a renúncia ao benefício vem sendo admitida pelo E. STJ.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema. Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC).

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente

("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela

Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B,

Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00063 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007262-91.2009.4.03.6102/SP

2009.61.02.007262-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : EDBERTO PRADO LEITE

ADVOGADO : HILARIO BOCCHI JUNIOR e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RAPHAEL VIANNA DE MENEZES e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00072629120094036102 1 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para renúncia à aposentadoria. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primigena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não

reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00064 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000302-13.2009.4.03.6105/SP
2009.61.05.000302-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOSE CARLOS PEREIRA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 1.000,00, observado o Art. 12 da Lei 1.060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a renúncia ao benefício é possível por se tratar de direito disponível. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.
 - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
 - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.
 - Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.
 - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
 - Agravo desprovido.
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00065 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000663-30.2009.4.03.6105/SP

2009.61.05.000663-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ADEMIR FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00006633020094036105 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável, bem como reconhecer a inconstitucionalidade do fator previdenciário.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é direito patrimonial disponível e que, portanto, admite renúncia.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

De início, deixo de analisar a questão de constitucionalidade do fator previdenciário por não ter sido objeto da presente apelação.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário.

Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da

parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00066 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001773-64.2009.4.03.6105/SP
2009.61.05.001773-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ROBERTO FABRIS (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARILIA CYSNEIROS CAVALCANTI DE MENEZES e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito disponível que, portanto, comporta renúncia. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela

Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00067 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008026-68.2009.4.03.6105/SP
2009.61.05.008026-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANGELO BORDIGNON (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a renúncia ao benefício é possível por se tratar de direito disponível. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRADO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00068 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010820-62.2009.4.03.6105/SP

2009.61.05.010820-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : HOSUMI MAEDA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : FERNANDA MINNITTI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADRIANO BUENO DE MENDONCA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00108206220094036105 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para a renúncia à aposentadoria.

Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00069 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015107-68.2009.4.03.6105/SP

2009.61.05.015107-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : JOSE NETTO SOBRINHO (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : FELIPE BERNARDI e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MANUELA MURICY MACHADO PINTO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00151076820094036105 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal para a renúncia à aposentadoria. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. - A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte. - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social,

em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.
(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00070 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006808-87.2009.4.03.6110/SP

2009.61.10.006808-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : WAGNER SIQUEIRA

ADVOGADO : FABIANA DALL OGLIO RIBEIRO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RODOLFO FEDELI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00068088720094036110 3 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00071 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001276-23.2009.4.03.6114/SP

2009.61.14.001276-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : GILBERTO MACHADO TERRA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CYNTHIA ALESSANDRA BOCHIO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00012762320094036114 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há

decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente

("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela

Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B,

Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00072 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004720-64.2009.4.03.6114/SP

2009.61.14.004720-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ULISSES ALLEO (= ou > de 65 anos)

ADVOGADO : MURILO GURJÃO SILVEIRA AITH e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CYNTHIA ALESSANDRA BOCHIO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação de interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a possibilidade de renúncia à aposentadoria.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em

todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- *Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.*

IV- *O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.*

V- *As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.*

VI- *Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.*

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00073 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005864-73.2009.4.03.6114/SP

2009.61.14.005864-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ZACARIAS DA ROCHA LARANJEIRA

ADVOGADO : ELIANE MARTINS DE OLIVEIRA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : RIVALDO FERREIRA DE BRITO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00058647320094036114 3 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como *"a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o*

objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, Manual de Direito Previdenciário. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE.

ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a desvalorização de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00074 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003052-49.2009.4.03.6117/SP

2009.61.17.003052-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARIA LUCIA BONONI

ADVOGADO : RAFAEL SOUFEN TRAVAIN e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FLAVIA BIZUTTI MORALES e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que não há vedação legal à renúncia ao benefício. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da

parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00075 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002006-19.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.002006-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : FLAVIO INACIO MANUEL
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALEXANDRE SUSSUMU IKEDA FALEIROS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00020061920094036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a segurança social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a

concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00076 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003958-33.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.003958-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : DIOGO RODRIGUES

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ALESSANDER JANNUCCI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRADO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00077 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012169-58.2009.4.03.6119/SP

2009.61.19.012169-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ORLANDO JOSE DA SILVA

ADVOGADO : SILVIA HELENA RODRIGUES e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ALESSANDER JANNUCCI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00121695820094036119 6 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a renúncia ao benefício é possível por se tratar de direito disponível. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- *A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*
 - *O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.*
 - *As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.*
 - *Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.*
 - *As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.*
 - *Agravo desprovido.*
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)*

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposestação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00078 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001873-53.2009.4.03.6126/SP
2009.61.26.001873-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : LIRIO NORIAKI KITAURA

ADVOGADO : DANILO PEREZ GARCIA e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FABIO ALMANSA LOPES FILHO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00018735320094036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, a inconstitucionalidade da vedação à utilização das contribuições recolhidas após a aposentadoria.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposestação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposestação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, caput do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00079 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000642-14.2009.4.03.6183/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : GERALDA ZELIA DA COSTA
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ROBERTA ROVITO OLMACHT e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00006421420094036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da

desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00080 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001336-80.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.001336-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : NATALINO RIBEIRO DO VALE

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ROBERTA ROVITO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00013368020094036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor da causa, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRADO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00081 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001494-38.2009.4.03.6183/SP

2009.61.83.001494-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : CLECIO PORTELA DA ROCHA

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DENISE MARIA SARTORAN DIAS GRECCO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00014943820094036183 5V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que "*a desaposentação em regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do segurado*". Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende

com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE

"DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente

("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer

em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeção e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Isto posto, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** à apelação do autor, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00082 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034527-07.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034527-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

AGRAVANTE : ILDA PALERMO PINTO

ADVOGADO : JOAO BATISTA TESSARINI

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCIUS HAURUS MADUREIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J DA BOA VISTA>27ª SJJ>SP

No. ORIG. : 2008.61.27.002449-9 1 Vr SAO JOAO DA BOA VISTA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em sede de execução de sentença, contra decisão denegatória de restabelecimento do auxílio-doença, cessado administrativamente.

Sustenta a parte agravante ser indevida a suspensão efetuada pelo INSS, vez que a sentença transitada em julgado garante seu direito ao benefício.

É o relatório. Decido.

O direito ao auxílio-doença está assegurado filiado ao RGPS enquanto perdurar a incapacidade para as atividades profissionais, e será cessado após a comprovada recuperação da capacidade laborativa do beneficiário.

No caso concreto, ao que tudo indica, a decisão de suspensão do benefício está fundada em procedimento administrativo e perícia médica, realizada pela própria autarquia (fl. 215), e autorizados pela regra do Art. 71 da Lei de Benefícios. Não se vislumbra, assim, a irregularidade do ato que cessou o auxílio-doença.

Nesse sentido, colaciono:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. NOVA PERÍCIA. INCAPACIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - Auxílio-doença é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, em razão de doença ou lesão, adquirida ou agravada, no período em que esteve filiado ao Regime Geral da Previdência Social, fique incapacitado para o trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. II - Nos termos do artigo 71 da Lei n.

8.212/91, tem a Autarquia o dever de rever os benefícios concedidos, ainda que judicialmente, para avaliar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho, alegada como causa para sua concessão. III

- Não há qualquer irregularidade na realização de nova perícia pelo ente previdenciário que, comprovando a recuperação da capacidade laborativa do beneficiário, pode suspender o auxílio-doença anteriormente concedido. IV - Agravo não provido.

(TRF3, 9ª Turma, AG 200003000393354, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 02/05/2005, DJ 23/06/2005)

Destarte, em razão do precedente esposado e dos fundamentos supra, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00083 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034782-62.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.034782-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE : ANTONIO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : FERNANDO RAMOS DE CAMARGO
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE VARZEA PAULISTA SP
No. ORIG. : 10.00.00152-5 2 Vr VARZEA PAULISTA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antonio Ferreira da Silva, em face de decisão proferida nos autos da ação de concessão de auxílio-doença, com pedido sucessivo de aposentadoria por invalidez, em que a d. Juíza *a quo* indeferiu a tutela antecipada pleiteada.

O agravante alega, em síntese, que estão presentes os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, para a concessão do provimento antecipado, haja vista ser portador de doenças que o incapacitam para o labor.

Inconformado, requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o sucinto relatório. Decido.

A d. Juíza *a quo* indeferiu o pedido de antecipação da tutela, por entender insuficientes as provas trazidas aos autos da ação principal.

Prevê o art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

A parte que pretende o provimento antecipado deve providenciar, com a inicial, a juntada de todos os documentos que entende necessários a fim de convencer o julgador da existência da verossimilhança de suas alegações.

Para isso, referidos documentos devem ter tamanha força probatória, a ponto de que sobre eles não paire nenhuma discussão.

A propósito, trago à colação o seguinte precedente do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE.

A concessão de antecipação da tutela requer a configuração do periculum in mora e prova inequívoca a convencer o julgador da verossimilhança da alegação. Se a matéria dos autos depende fundamentalmente de dilação probatória, é inviável a antecipação. Agravo desprovido.

(TRF 4ª Região, AG n.º 2000040182693/SC, 6ª Turma, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, j. 05/09/2000, DJU 22/11/2000).

Consoante se denota dos autos, os relatórios médicos e receituários acostados à fl. 23/40, não obstante a idoneidade de que se revestem, mostram-se insuficientes para o deferimento do pedido, vez que não atestam, de forma categórica, a alegada incapacidade laborativa do autor.

Assim, a verificação dos requisitos a ensejar o reconhecimento e pertinência para a concessão do provimento antecipado é feita pelo magistrado após ampla instrução probatória, o que não é possível de ser realizado na via estreita do agravo de instrumento.

A alegação de demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como quer a agravante.

Por fim, não logrou êxito o recorrente, por ora, em demonstrar o desacerto da decisão impugnada, motivo pelo qual impõe-se a manutenção do provimento vergastado.

Diante do exposto, **nego seguimento ao Agravo de Instrumento da parte autora**, nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao Juízo *a quo* o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00084 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0034999-08.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.034999-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

AGRAVANTE : AURENILDE DOS SANTOS CASTRO

ADVOGADO : MAGALY FRANCISCA PONTES DE CAMARGO

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE IBIUNA SP

No. ORIG. : 10.00.00135-4 2 Vr IBIUNA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão denegatória de antecipação da tutela, em ação movida para a concessão de auxílio-doença.

Alega a parte agravante, em suma, estarem preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, e que estão presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro as condições necessárias à concessão da medida antecipatória.

A agravante é portadora de hipertensão arterial e diabetes, conforme atestado e receituário colacionados (fls. 27/28). Entretanto, os documentos contêm apenas o diagnóstico das enfermidades, bem como o tratamento a que está sendo submetida a paciente, não havendo qualquer recomendação de afastamento das atividades laborativas.

Ausente nos autos a prova inequívoca da incapacidade para o trabalho, não constato, ao menos neste juízo de cognição breve, a verossimilhança do direito invocado. Ressalvada, no entanto, a possibilidade de concessão do benefício mediante juntada de documentos médicos recentes e conclusivos sobre a inaptidão da segurada, ou ainda, após a apresentação do laudo pericial comprovando o alegado.

Nesse sentido, trago à colação julgado desta Corte. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUXÍLIO-DOENÇA - TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. I - Prevê o art. 273, caput do CPC que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. II - Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pela agravante, não faz jus, por ora, à concessão de tutela antecipada. III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento.
(TRF 3ª R., 10ª T., AG 2007.03.00.087975-0, Rel. Des. Sérgio Nascimento, DJU DATA:06/02/2008 PÁGINA: 712)

Destarte, em razão do precedente esposado, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00085 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035006-97.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035006-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE : TEREZINHA DOS SANTOS PIRES
ADVOGADO : ELCIMENE APARECIDA FERRIELLO SARUBBI
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LEILA ABRAO ATIQUE
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE BOITUVA SP
No. ORIG. : 04.00.00118-9 1 Vr BOITUVA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TEREZINHA DOS SANTOS PIRES contra decisão que, em sede de execução, determinou o retorno dos autos ao arquivo, ao fundamento de que a própria parte autora requereu a extinção do feito e o mesmo foi extinto por decisão, nos termos do art. 794, I, do CPC.

Sustenta a agravante que a decisão agravada equívoca-se ao determinar o arquivamento do feito sem nada esclarecer sobre a dúvida levantada de que os atrasados, embora afirmados pelo INSS, não foram efetivamente pagos. Aduz que o pedido de extinção mencionado na decisão agravada refere-se ao pagamento dos honorários. Alega que não se pode atribuir um fato isolado no feito como a quitação dos honorários advocatícios como dando plena quitação dos atrasados conjuntamente. Sustenta a inexistência de prova nos autos que o INSS implementou a revisão do benefício, com a inclusão da revisão de sua RMI, inclusive com o pagamento das diferenças daí decorrentes a partir da quitação da dívida.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do presente recurso, a fim de determinar que o INSS junte aos autos documentos comprovadores da revisão do benefício da agravante bem como a comprovação do acordo extrajudicial em razão dos atrasados devidos em cumprimento a r. sentença e, em caso negativo, juntar o cálculo do que for devido a tal título.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil.

Consoante se verifica da documentação que instrui o presente recurso, a parte autora requereu a execução de título judicial quanto aos honorários advocatícios uma vez que "*o reqdo. cf. informa às fls. 92, em agosto/2006, procedeu à revisão do benefício da A. inclusive pagando os atrasados no valor de R\$ 3.046,96 (três mil quarenta e seis reais e noventa e seis centavos) e, mesmo sabedoras do deste feito, os honorários sentenciados e transitados em julgado não foram pagos*". (cópias de fls. 29/30)

O MM. Juízo *a quo*, em decisão datada de 28.06.2006 (cópia de fls. 36), tendo em vista a notícia de quitação do débito, julgou extinta a execução, nos termos do artigo 794, I, do Código de Processo Civil.

Do exame dos autos, verifica-se a inexistência de recurso em face da sentença de extinção da execução do julgado. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser coerente e pertinente a decisão judicial que determina a extinção da execução, por entender o magistrado satisfeito o crédito cobrado, com fundamento no art. 794, I, do Código de Processo Civil, ante a falta de manifestação da exequente quanto à existência de diferenças devidas, após ser regularmente intimada, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. PRECATÓRIO. INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITO EXEQÜENDO REMANESCENTE. INÉRCIA DA PARTE INTERESSADA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. No presente caso, foi expedido precatório em favor do recorrente no valor de R\$ 87.257,54 (oitenta e sete mil, duzentos e cinquenta e sete reais e cinquenta e quatro centavos). Depois de realizado o pagamento do referido precatório, houve a intimação do exeqüente para informar se tinha algo a requerer. O exeqüente se manteve silente e o juiz sentenciante extinguiu a execução nos moldes do artigo 794, I, do CPC.

2. Considerando que o exeqüente foi intimado a afirmar se ainda tinha algo a requerer e restou silente, agiu com acerto o magistrado, quando julgou extinta a execução e determinou o arquivamento dos autos.

3. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência mais recente do STJ, aplicando-se a inteligência da Súmula 83/STJ.

4. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 865295/CE, Rel. Des. Conv. Jane Silva, 5ª T., j. 25.10.2007, DJ 19.11.2007).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO PELO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PRECATÓRIO SUPLEMENTAR. POSSÍVEL COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

1. A extinção do processo executivo pode operar-se, dentre outras formas previstas no artigo 794, do Código de Processo Civil, quando, inciso 'I - o devedor satisfaz a obrigação'. Dessa forma, satisfaz-se o débito, seja de modo voluntário ou forçado, quando ocorrer o pagamento total, compreendendo o principal, correção monetária, juros, custas e honorários advocatícios.

2. É inviável a retomada, por simples petição, de execução extinta mediante sentença prolatada de acordo com o artigo 795 do CPC pela satisfação da obrigação. Se extinta a execução, a complementação do crédito só poderá ser pleiteada pelo exeqüente via ação rescisória.

3. Cabe ao Juiz de primeiro grau decidir sobre a extinção da execução. Precedentes.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 671281/ES, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 17/03/2005, DJ 16.05.2005).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao presente recurso.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00086 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035204-37.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035204-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE : JERODIA LEMOS ALVES
ADVOGADO : RODRIGO CORREA NASARIO DA SILVA e outro
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S B DO CAMPO SP
No. ORIG. : 00053360520104036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão denegatória de antecipação da tutela, em ação movida para a concessão de auxílio-doença.

Alega a parte agravante, em suma, estarem preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, e que estão presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro as condições necessárias à concessão da medida antecipatória.

A agravante é portadora de osteoporose, dorsalgia e gonartrose, conforme atestados e exames médicos colacionados (fls. 55/61). Entretanto, os documentos contêm apenas o diagnóstico das enfermidades, bem como o tratamento a que está sendo submetida a paciente. Ademais, na declaração de fl. 55 há referência a mera "limitação por tempo indeterminado", mas sem qualquer recomendação contundente de afastamento das atividades laborativas.

Ausente nos autos a prova inequívoca da incapacidade para o trabalho, não constato, ao menos neste juízo de cognição breve, a verossimilhança do direito invocado. Ressalvada, no entanto, a possibilidade de concessão do benefício mediante juntada de documentos médicos recentes e conclusivos sobre a inaptidão da segurada, ou ainda, após a apresentação do laudo pericial comprovando o alegado.

Nesse sentido, trago à colação julgado desta Corte. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUXÍLIO-DOENÇA - TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. I - Prevê o art. 273, caput do CPC que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. II - Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pela agravante, não faz jus, por ora, à concessão de tutela antecipada. III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª R., 10ª T., AG 2007.03.00.087975-0, Rel. Des. Sérgio Nascimento, DJU DATA:06/02/2008 PÁGINA: 712)

Destarte, em razão do precedente esposado, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00087 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035228-65.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035228-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE : EVA RUIZ CAMILLO
ADVOGADO : ZILDA DE FATIMA LOPES MARTIN ALMEIDA e outro
SUCEDIDO : RAUL CAMILLO falecido
AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RUBENS JOSE KIRK DE SANCTIS JUNIOR e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE SOROCABA > 10ª SSJ> SP
No. ORIG. : 00014858220014036110 3 Vr SOROCABA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por EVA RUIZ CAMILLO contra decisão que, em ação ordinária de revisão de benefício previdenciário, em fase de execução, declarou que nada é devido a título de multa, uma vez que o cumprimento da decisão judicial foi tempestivo, com a revisão do benefício já na competência seguinte à da intimação. Sustenta a agravante, em síntese, ser perfeitamente possível a aplicação de multa diária no presente caso, uma vez que houve decisão proferida nos autos nesse sentido e não houve interposição de recurso contra mencionado comando judicial. Aduz que a conta apresentada a título de apuração da multa diária se encontra correta, com a devida aplicação da correção monetária e juros de mora até a data do óbito do autor, já que o INSS não deu cumprimento à ordem judicial até referida data.

Requer o provimento do presente recurso a fim de que seja determinado o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil.

In casu, constata-se da decisão (fls. 120) que determinou a expedição de mandado de citação para os termos do art. 730 do CPC, bem como "para que o INSS cumpra obrigação de fazer, nos termos do Acórdão e Sentença, implantando e/ou reajustando em 30 (trinta) dias contados do recebimento do mandado, o benefício de aposentadoria especial em nome de Raul Camillo, a partir de Setembro/02, com valor para esta competência, de R\$ 680,45 (seiscentos e oitenta reais e quarenta e cinco centavos) e com efeitos financeiros a partir de Outubro/02. Após esse prazo, estabeleço multa de R\$ 30,00 (trinta reais) por dia de atraso no cumprimento - artigos 632 e 644 do CPC".

Com efeito, o INSS foi intimado da decisão em 13.05.2003 (fls. 122v), sendo o mandado devidamente cumprido juntado aos autos em 23.05.2003.

Consoante bem assinalado pela decisão agravada, através da petição de fls. 125/126, a autarquia noticiou a revisão do benefício em cumprimento à decisão judicial, sendo que do HISCRE - Histórico de Créditos e Benefícios (fls. 168/173), verifica-se que o valor do benefício foi reajustado já na competência de junho de 2003 para o valor líquido de R\$ 669,60 (fls. 170), ou seja, dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento do mandado.

Assim, tendo sido a decisão judicial cumprida no prazo assinalado, não é de ser reconhecida a incidência de multa diária por atraso no cumprimento da obrigação de fazer.

Nesse sentido, v.g., TRF 3ª Região, AG 2007.03.00.021020-5, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, d. 02.10.2007, DJ 16.10.2007.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao agravo de instrumento.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00088 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035315-21.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035315-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

AGRAVANTE : IZAURA MONTEIRO DE MORAIS

ADVOGADO : ELEN FRAGOSO PACCA

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO HEILMANN

: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 2 VARA DE IGUAPE SP

No. ORIG. : 06.00.00056-6 2 Vr IGUAPE/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IZAURA MONTEIRO DE MORAIS contra decisão que, em ação ordinária de concessão de aposentadoria por idade, em fase de execução, indeferiu o pedido de expedição de ofício requisitório para pagamento dos valores devidos a título de multa, uma vez que houve cumprimento da determinação em prazo hábil.

Sustenta a agravante, em síntese, que constatado o inadimplemento do agravado quanto ao prazo estipulado em sentença para implantar o benefício, mostra-se absolutamente justa sua condenação ao pagamento da multa. Aduz que caso estivesse descontente com a interposição da multa cominatória, poderia o agravado interpor o recurso cabível, o que não aconteceu na espécie.

Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do presente recurso a fim de que seja mantida a execução da multa cominatória.

Decido.

Cabível a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil.

In casu, constata-se da sentença (fls. 12/15), transitada em julgado em 12.02.2010 (fls. 19), que, deferida a antecipação da tutela, o benefício de aposentadoria por idade deveria ser implantado no prazo de 03 (três) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00. Publicada a sentença em audiência datada de 22.10.2009, saíram os presentes cientes e intimados, estando, contudo, ausente o procurador do INSS (fls.12).

Com efeito, verifica-se que o INSS foi intimado para implantar o benefício em 04.12.2009 (fls. 18), bem como o comprovante do AR foi juntado aos autos em 16.12.2009 e a implantação se deu em 01.12.2009 (fls. 27), ou seja, em data anterior a sua intimação.

Assim, não é de ser reconhecida a incidência de multa diária por não haver atraso na implantação do benefício.

Nesse sentido, v.g., TRF 3ª Região, AG 2007.03.00.021020-5, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, d. 02.10.2007, DJ 16.10.2007.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** ao agravo de instrumento.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00089 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035542-11.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.035542-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ELIANE GONCALVES SILVEIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
AGRAVADO : EVALDO MARCO RODRIGUES DE SOUSA
ADVOGADO : ADAO NOGUEIRA PAIM
ORIGEM : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE SAO JOAQUIM DA BARRA SP
No. ORIG. : 07.00.05845-6 1 Vr SAO JOAQUIM DA BARRA/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão que, em ação declaratória de comprovação de tempo de serviço, em fase de execução do julgado, em atendimento ao pedido do requerente para fixar a base de cálculo para apuração dos honorários sucumbenciais, fixou-os em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Sustenta o agravante, em síntese, que pelo critério da apreciação com base na equidade, os honorários advocatícios que incidirão somente sobre as parcelas vencidas, serão apreciados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC e, assim, não poderão ultrapassar 5% do valor da condenação ou R\$ 500,00, já que no presente feito sequer houve necessidade de interposição de apelação.

Requer a concessão do efeito suspensivo, e ao final, o provimento do presente agravo.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, nas ações declaratórias os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

A esse respeito confira-se a jurisprudência:

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TESTEMUNHAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

V - O E. STJ já decidiu que se aplica às autarquias o disposto no parágrafo 4º, do art. 20, do CPC (STJ 1ª Turma, REsp. 12.077-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.09.1991, negaram provimento v.u., DJU de 21.10.1991, p. 14.732), mantida a verba honorária de 10% do valor da causa, fixada pela r. sentença.

VI - Apelação da autora provida. Apelação do réu improvida."

(AC 2006.03.99.037124-4, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 25/09/2007, DJ 10/10/2007)

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARATÓRIA. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. RURÍCOLA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL IDÔNEA. DESNECESSIDADE DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 55, § 2º DA LEI Nº 8.213/91. CONTAGEM RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

4. Nas ações declaratórias, revela-se adequada a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, monetariamente corrigido, em consonância com o disposto no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

5. Remessa oficial não conhecida. Apelação parcialmente provida."

(AC 2003.03.99.002113-0, Rel. Desembargador Federal Antonio Cedeno, Sétima Turma, j. 15/03/2010, DJ 07/04/2010)

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES AGRESSIVAS DA ATIVIDADE. VIGILANTE. RECONHECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

(...)

IV - Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da causa.

V - A Autarquia Federal é isenta de custas, cabendo apenas as em reembolso.

VI - Remessa Oficial, tida por interposta e Apelação do INSS parcialmente providas."

(AC1999.03.99.114172-0, Rel. Desembargadora Federal Marianina Galante, Oitava Turma, j. 13/08/2007, DJ 05/09/2007)

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **dou provimento** ao presente agravo de instrumento a fim de fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Comunique-se. Intime-se.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00090 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0035575-98.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.035575-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

AGRAVANTE : APARECIDA LOPES RODRIGUES

ADVOGADO : ISABELE CRISTINA GARCIA DE OLIVEIRA

AGRAVADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DA 3 VARA DE BIRIGUI SP

No. ORIG. : 10.00.00237-1 3 Vr BIRIGUI/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão denegatória de antecipação da tutela, em ação movida para a concessão de auxílio-doença.

Alega a parte agravante, em suma, estarem preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, e que estão presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*.

É o relatório. Decido.

Não vislumbro as condições necessárias à concessão da medida antecipatória.

A agravante é portadora de artrose e insuficiência cardíaca, conforme atestados e exames médicos colacionados (fls. 52/57). Entretanto, os documentos contêm apenas o diagnóstico das enfermidades, bem como o tratamento a que está sendo submetida a paciente, sem qualquer recomendação de afastamento das atividades laborativas.

Ausente nos autos a prova inequívoca da incapacidade para o trabalho, não constato, ao menos neste juízo de cognição breve, a verossimilhança do direito invocado. Ressalvada, no entanto, a possibilidade de concessão do benefício mediante juntada de documentos médicos recentes e conclusivos sobre a inaptidão da segurada, ou ainda, após a apresentação do laudo pericial comprovando o alegado.

Nesse sentido, trago à colação julgado desta Corte. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUXÍLIO-DOENÇA - TUTELA ANTECIPADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. I - Prevê o art. 273, caput do CPC que o magistrado poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação. II - Não havendo prova inequívoca dos fatos alegados pela agravante, não faz jus, por ora, à concessão de tutela antecipada. III - Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª R., 10ª T., AG 2007.03.00.087975-0, Rel. Des. Sérgio Nascimento, DJU DATA:06/02/2008 PÁGINA: 712)

Destarte, em razão do precedente esposado, **NEGO SEGUIMENTO ao agravo de instrumento**, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00091 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018062-93.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.018062-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : LUIZ ANTONIO DE GOES

ADVOGADO : FERNANDO TADEU MARTINS

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MAIRA S G SPINOLA DE CASTRO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00116-9 1 Vr TAMBAU/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a possibilidade de renúncia à aposentadoria.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.
(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a

concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00092 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0018388-53.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.018388-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : NACILIO ROBERTO GOMES
ADVOGADO : DIRCEU DA COSTA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ISABELA CRISTINA PEDROSA BITTENCOURT
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00273-0 2 Vr SUMARE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00093 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0021362-63.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.021362-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HELENA MARTA SALGUEIRO ROLO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : VICENTE LUIZ PEREIRA

ADVOGADO : JOSE GERALDO SIMIONI

REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 3 VARA DE ITATIBA SP

No. ORIG. : 09.00.00112-3 3 Vr ITATIBA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de cônjuge da *de cujus*, com óbito ocorrido em 26.06.1986.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação para o fim de condenar o INSS ao pagamento do benefício previdenciário de pensão por morte no valor de 1 (um) salário mínimo mensal a partir da distribuição da presente ação. Todas as prestações vencidas deverão ser corrigidas monetariamente de acordo com os índices legais desde a data do efetivo pagamento, arcando o INSS com juros de mora de 1% a partir da sua efetiva citação. Arcará a autarquia com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em razões recursais, a autarquia previdenciária sustenta, em síntese, que deve ser aplicada a legislação vigente à época do óbito da cônjuge do autor (26.06.1986), ou seja, o Decreto nº 89.312/84, que somente admitia o marido como dependente da esposa na hipótese de ser inválido. Caso seja mantida a procedência da ação, requer a isenção de custas. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Inexigível o reexame necessário, pois a sentença de fls. 47/52 (prolatada em 13.11.2009) concedeu benefício equivalente a um salário-mínimo, com termo inicial na data da distribuição da presente ação (15.07.2009 - fls. 02v), sendo aplicável a nova redação do art. 475, § 2º, do CPC, dada pela Lei 10.352/2001, que dispensa o duplo grau obrigatório nas causas em que o valor de condenação não exceda a 60 salários-mínimos (v.g. STJ, AgRESP nº 911.273, RESP nº 723.394, RESP nº 877.097, RESP nº 908.150, RESP nº 866.201, RESP nº 831.397, RESP nº 823.373).

No mérito, nos termos do Decreto nº 89.312/84, vigente à época do óbito, os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte são: a qualidade de segurado do falecido, o cumprimento da carência de 12 (doze) contribuições e a dependência econômica do beneficiário postulante.

No presente caso não há controvérsia acerca da qualidade de segurado da falecida, bem como do preenchimento da carência para a concessão do benefício.

Em relação à dependência econômica, observa-se que nos termos da legislação vigente à época do óbito da *de cujus*, somente o marido inválido figurava no rol de dependentes, não podendo se falar em retroatividade da Constituição Federal de 1988 para garantir o seu direito ao benefício.

No presente caso, restou demonstrado que o autor era marido da falecida (fls. 14), mas não restou comprovada a sua invalidez à época do óbito, de modo que o autor não faz jus ao benefício. Neste sentido, o seguinte julgado do E.

Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VIGÊNCIA DO DECRETO 89.312/84. MARIDO. INVALIDEZ NÃO COMPROVADA.

1. A concessão de pensão por morte, devida a dependentes de segurado falecido, deve observar os requisitos da lei vigente à época do óbito, não se aplicando legislação posterior, ainda que mais benéfica.

2. Comprovado nos autos que a segurada faleceu sob a vigência da CLPS, a pensão somente será devida ao marido inválido; sem essa, prova, imperioso negar-lhe o benefício.

3. Recurso não conhecido.

(RESP nº 177.290, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, j. 14.09.1999, DJ 11.10.1999)

Decidiu também esta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RURÍCOLA. EXTINÇÃO DO PROCESSO AFASTADA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. QUALIDADE DE SEGURADA COMPROVADA. MARIDO NÃO INVÁLIDO À ÉPOCA DO ÓBITO. FALECIMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA CF/88. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. IMPROCEDÊNCIA.

I. A declaração de impossibilidade jurídica do pedido baseou-se na ausência de prova da invalidez do requerente na data do óbito de sua esposa. Não haveria, no entanto, como o processo ter sido julgado extinto, sem resolução de mérito, uma vez que tal questão diz respeito ao mérito da causa, propriamente dito.

II. Sentença que se reforma, procedendo-se ao julgamento da lide por este juízo ad quem, uma vez que o processo se encontra em termos para julgamento. Aplicação do art. 515, §3º, do CPC.

III. O direito à percepção do benefício de pensão por morte aos dependentes do trabalhador rural falecido foi inicialmente regulamentado pela Lei Complementar n.º 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRO-RURAL), em seu artigo 6º.

IV. Na época do óbito encontrava-se em vigor o Decreto n.º 83.080/79, que em seu art. 298 determinava a concessão da pensão por morte aos dependentes do trabalhador rural, a contar da data do óbito.

V. A Constituição Federal, ao referir-se no artigo 201 inciso V à expressão "cônjuge", revogou nessa parte a exigência de invalidez do marido prevista no artigo 10, I, da CLPS de 84, posto que restou incompatível essa situação de invalidez com a norma constitucional.

VI. Na hipótese de óbito anterior à vigência da CF de 1988, permanece a exigência de invalidez do marido sobrevivente, porquanto não há se falar em retroatividade da norma constitucional.

VII. Conforme se verifica dos documentos juntados aos autos, em que pese a conclusão no sentido de que o requerente é inválido, sua invalidez remonta, aproximadamente, a março de 1997, ou seja, mais de 10 (dez) anos após o óbito de sua esposa. Dessa forma, conclui-se que, quando do falecimento, não se enquadrava no rol do art. 10 da CLPS/84 e, portanto, não pode ser considerado dependente da de cujus.

VIII. Inviável a concessão do benefício pleiteado em face da não implementação dos requisitos legais.

IX. Afastada a impossibilidade jurídica do pedido, de ofício. Pedido julgado improcedente, por força do disposto no artigo 515, §3º do CPC. Apelação da parte autora prejudicada.

(AC nº 2009.03.99.003667-5, Rel. Des. Federal Walter do Amaral, Sétima Turma, j. 12.04.2010, DJF3 22.04.2010)

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - RURÍCOLA - DECADÊNCIA -- LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - LEIS COMPLEMENTARES NºS. 11/71, Nº 16/71 REGULAMENTADAS PELOS DECRETOS NºS 83.080/79 E 89.312/84 - REQUISITOS - ÓBITO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - CHEFE OU ARRIMO

DE FAMÍLIA - NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS - TUTELA ANTECIPADA CASSADA - JUSTIÇA GRATUITA - CUSTAS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ISENÇÃO - APELAÇÃO DO INSS PROVIDA - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PREJUDICADA.

- Aplica-se, para fins de decadência, as disposições constantes do Decreto 89.312/84. Não havia, na época do óbito, disposições concernentes à decadência, havendo disposição expressa acerca da imprescritibilidade do direito, razão pela qual, não há que se falar em ocorrência da decadência no presente caso.

- Em matéria previdenciária aplica-se a legislação vigente à época em que o segurado preencheu os pressupostos necessários para concessão do benefício pretendido.

- Conforme dispunha o artigo 298, §único do Decreto 83.080/79, assim como o art. 10 do Decreto Lei 89.312/84, somente fariam jus à pensão por morte os dependentes do trabalhador chefe ou arrimo da unidade familiar.

- Não será devida a aposentadoria a mais de um componente da unidade familiar, cabendo apenas o benefício ao respectivo chefe ou arrimo.

- Na hipótese, não restou demonstrado nos autos que, quando do óbito de sua esposa, o autor estava inválido ou impossibilitado de trabalhar e que não era ele o responsável pela manutenção da família.

- Isenção do pagamento de custas e de honorários advocatícios, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita.

- Tutela antecipada cassada.

- Apelação da autarquia provida.

- Apelação da parte autora prejudicada.

(AC nº 2002.61.23.000935-7, Rel. Des. Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 01.12.2008, DJF3 14.01.2009)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. PENSÃO POR MORTE. MARIDO NÃO INVÁLIDO.

Não faz jus à pensão por morte o marido, salvo o inválido, se o óbito da esposa ocorreu na vigência dos Decretos 77.077/76 e 83.080/79.

Apelação desprovida.

(AC nº 2008.03.99.006078-8, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, Décima Turma, j. 22.04.2008, DJU 30.04.2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 83.080/79. MARIDO. INVALIDEZ NÃO ALEGADA. INAPLICABILIDADE DA C.F./88 E DOS ARTS. 4º E 5º DA L.I.C.C. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. SENTENÇA MANTIDA.

I - A r. sentença indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI do Código de Processo Civil, em face da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o Decreto nº 83.080/79, vigente à época do falecimento da esposa do autor, em 12.07.1982, arrolava apenas o marido inválido como dependente, para efeito de concessão de pensão por morte, considerando, ainda, incabível a aplicação de dispositivos da Constituição Federal de 1988 a fatos anteriores à sua vigência.

II - Para efeito de concessão de pensão por morte, considera-se a legislação vigente à época do óbito do segurado e, assim, não há que se falar, no presente caso, em aplicação da Constituição Federal de 1988, cujo texto só viria à lume anos após o falecimento da esposa do autor.

III - Não se trata de hipótese de incidência dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que não se vislumbra qualquer omissão no art. 12 do Decreto nº 83.080/79, sendo certo ainda que tal dispositivo foi aplicado exatamente de acordo com os fins sociais a que se destinava, qual seja, conceder apenas aos dependentes do segurado relacionados na lei o direito à percepção de benefícios previdenciários.

IV - Autor, em momento algum da instrução processual, alegou se encontrar inválido, única circunstância que possibilitaria enquadrá-lo no rol de dependentes do art. 12 do Decreto nº 83.080/79, para fins de concessão de pensão por morte. Assim procedendo, deixou claro que, à luz da norma supra citada, sua pretensão não encontra amparo legal, circunstância que, conjugada com os argumentos anteriores, justifica a decisão reproduzida na r. sentença.

V - Recurso do autor improvido.

(AC nº 2003.03.99.032521-0, Rel. Des. Fed. Mariannina Galante, Nona Turma, j. 08.11.2004, DJU 09.12.2004)

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - DIREITO INTERTEMPORAL. LEI COMPLEMENTAR N. 11/71. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - MARIDO - AUSÊNCIA DE INVALIDEZ.

I - Remessa oficial tida por interposta (Lei nº 9.469/97).

II - Em se tratando de benefício rural de pensão por morte, há que se aplicar a lei vigente à época do óbito do segurado (28.02.1981) que, no caso, é a Lei Complementar n. 11/71.

II - Nos termos do artigo 12, inciso I, do Dec. nº 83.080/79, o marido somente ostentava a condição de dependente caso restasse comprovada a sua condição de inválido, o que não é o caso dos autos.

III - Em se tratando de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação da autora nos ônus de sucumbência. Precedentes do STF.

IV - Remessa Oficial, tida por interposta, e apelação do réu providos.

(AC nº 2002.03.99.023386-3, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 25.05.2004, DJU 30.07.2004)

Ausente, portanto, um dos requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte, é de ser reformada a r. sentença.

Deixo de condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, por ser beneficiária da Justiça Gratuita (v.g. TRF 3ª Região, AC 96.03.096933-8, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª T., j. 31/05/2005, DJ 22/06/2005).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput* e §1º-A, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à remessa oficial e **dou provimento** à apelação do INSS para julgar improcedente a ação. Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem. Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00094 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023671-57.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.023671-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : APARECIDO ELIAS MOREIRA

ADVOGADO : DIRCEU DA COSTA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PIAZZA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00296-0 2 Vr SUMARE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00095 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024557-56.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.024557-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : APARECIDA MOREIRA CORREIA
ADVOGADO : ADALBERTO GUERRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00108-4 1 Vr ADAMANTINA/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido da autora para condenar o réu a lhe conceder o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, decorrente de acidente de trabalho, com termo inicial na data da juntada do laudo médico pericial aos autos. As prestações em atraso serão corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora. Honorários advocatícios arbitrados em dez por cento do valor das prestações vencidas até a prolação da sentença. Antecipados os efeitos da tutela para imediata implantação do benefício.

A autora busca a reforma da sentença para que o termo inicial do benefício seja fixado na data da cessação do auxílio-doença.

Sem apresentação de contrarrazões (fl. 141).

Após breve relatório, passo a decidir.

Consoante se constata dos autos a matéria versada se refere a benefício decorrente de acidente de trabalho (CAT às fl. 23/24), cuja competência para conhecer e julgar não é da Justiça Federal, consoante disposto no artigo 109, I, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Nesse sentido, aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionou, pacificando a matéria, sendo que restou firmada a competência da Justiça Estadual nos casos de ação acidentária, quer seja para a concessão ou revisão de benefício. A propósito, trago à colação a jurisprudência que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUIZ FEDERAL E ESTADUAL. REVISIONAL DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CF/88. SÚMULA N.º 15 DO STJ. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA CÍVEL DE NOVO HAMBURGO/RS.

1. As causas decorrentes de acidente do trabalho, assim como as ações revisionais de benefício, competem à Justiça Estadual Comum. Precedentes desta Corte.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ; 3ª Seção; AGRCC 30902; Relatora Min Laurita Vaz; DJU de 22/04/2003, pág. 194)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DOENÇA PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

A doença profissional e a doença do trabalho estão compreendidas no conceito de acidente do trabalho (Lei nº 8.213, artigo 20) e, nesses casos, a competência para o julgamento da lide tem sido reconhecida em favor da justiça estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca de Guarulhos/SP, suscitado.

(STJ; CC 36109; 2ª Seção; Relator Ministro Castro Filho; DJU de 03/02/2003, pág. 261)

Transcrevo ainda, julgado da Excelsa Corte, através do qual se dirimiu eventuais discussões acerca do tema:

COMPETÊNCIA - REAJUSTE DE BENEFÍCIO ORIUNDO DE ACIDENTE DE TRABALHO - JUSTIÇA COMUM.

- Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que ao deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(STF; 1ª T.; RE nº 351528/SP; Relator Min. Moreira Alves; DJU de 31/10/2002, pág. 032)

Insta ressaltar que, em razão da Emenda Constitucional 45/2004, publicada em 31.12.2004, estes autos devem ser remetidos ao Tribunal de Justiça, vez que o art. 4º da referida emenda extinguiu os Tribunais de Alçada.

Diante do exposto, **determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo**, restando prejudicada a análise do apelo da autora por esta Corte.

Com a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça, dê-se baixa na distribuição.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00096 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025373-38.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025373-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : ROSIMEIRE DOS SANTOS BARBOSA
ADVOGADO : DANILO PEREZ GARCIA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : VERA LUCIA D AMATO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 06.00.00159-5 4 Vr MAUA/SP
DECISÃO
Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido da autora em ação que visa o deferimento do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente do trabalho. Sem condenação em verbas de sucumbência.

A autora busca a reforma da sentença sustentando que preenche os requisitos necessários à concessão do benefício.

Sem apresentação de contrarrazões (fl. 164).

Após breve relatório, passo a decidir.

Consoante se constata dos autos a matéria versada se refere a benefício decorrente de acidente de trabalho (CAT às fl. 29/30), cuja competência para conhecer e julgar não é da Justiça Federal, consoante disposto no artigo 109, I, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Nesse sentido, aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionou, pacificando a matéria, sendo que restou firmada a competência da Justiça Estadual nos casos de ação acidentária, quer seja para a concessão ou revisão de benefício. A propósito, trago à colação a jurisprudência que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUIZ FEDERAL E ESTADUAL. REVISIONAL DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CF/88. SÚMULA N.º 15 DO STJ. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA CÍVEL DE NOVO HAMBURGO/RS.

1. As causas decorrentes de acidente do trabalho, assim como as ações revisionais de benefício, competem à Justiça Estadual Comum. Precedentes desta Corte.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ; 3ª Seção; AGRCC 30902; Relatora Min Laurita Vaz; DJU de 22/04/2003, pág. 194)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DOENÇA PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

A doença profissional e a doença do trabalho estão compreendidas no conceito de acidente do trabalho (Lei nº 8.213, artigo 20) e, nesses casos, a competência para o julgamento da lide tem sido reconhecida em favor da justiça estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca de Guarulhos/SP, suscitado.

(STJ; CC 36109; 2ª Seção; Relator Ministro Castro Filho; DJU de 03/02/2003, pág. 261)

Transcrevo ainda, julgado da Excelsa Corte, através do qual se dirimiu eventuais discussões acerca do tema:

COMPETÊNCIA - REAJUSTE DE BENEFÍCIO ORIUNDO DE ACIDENTE DE TRABALHO - JUSTIÇA COMUM.

- Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que ao deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(STF; 1ª T.; RE nº 351528/SP; Relator Min. Moreira Alves; DJU de 31/10/2002, pág. 032)

Insta ressaltar que, em razão da Emenda Constitucional 45/2004, publicada em 31.12.2004, estes autos devem ser remetidos ao Tribunal de Justiça, vez que o art. 4º da referida emenda extinguiu os Tribunais de Alçada.

Diante do exposto, **determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo**, restando prejudicada a apelação da autora.

Com a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça, dê-se baixa na distribuição.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00097 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025406-28.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.025406-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : LUIZ CARLOS INNOCENTE
ADVOGADO : FABIANA FERRARI D AURIA D AMBROSIO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JULIA DE CARVALHO BARBOSA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00170-4 2 Vr SUMARE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 800,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário." (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- *A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*
 - *O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.*
 - *As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.*
 - *Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.*
 - *As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.*
 - *Agravo desprovido.*
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)*

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposeitação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00098 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025572-60.2010.4.03.9999/MS

2010.03.99.025572-7/MS

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : NIVALCI DE PAULA

ADVOGADO : MARCEL MARTINS COSTA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : GLAUCIANE ALVES MACEDO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00002-6 1 Vr PARANAIBA/MS

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. O autor foi condenado ao pagamento de custas e de honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00, observando-se, contudo o art. 12 da Lei 1.060/50.

Em apelação, a parte autora alega que foram comprovados os requisitos para a concessão de um dos benefícios em comento.

Sem contra-razões de apelação à fl. 203/207.

Após breve relatório, passo a decidir.

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 11.08.1961, estão previstos nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Nesse diapasão, o compulsar dos autos demonstra que não assiste razão ao apelante.

O laudo médico-pericial, elaborado em 26.01.2009 (fl. 143 e 157), revela que o autor é portador de artrose da coluna cervical e lombar, que, no entanto, não lhe acarretam limitação funcional para o exercício de atividade laborativa.

Dessa forma, não preenchendo o demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou tampouco do auxílio-doença, vez que o laudo foi categórico quanto à inexistência de incapacidade para o trabalho ou mesmo de limitação, a improcedência do pedido é de rigor.

Assim, a peça técnica apresentada pelo Sr Perito, profissional de confiança do Juiz e equidistante da parte, foi conclusiva no sentido da inexistência de incapacidade do autor, a qual não apresentou qualquer elemento que pudesse desconstitui-la, ou mesmo laudo de assistente técnico contrapondo-se às conclusões do *Expert*.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação do autor**. Não há condenação da parte autora em honorários advocatícios e aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00099 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026093-05.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.026093-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : JOSE CICERO DOS SANTOS
ADVOGADO : MARCIA REGINA LOPES DA SILVA CAVALCANTE
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDO ONO MARTINS
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00205-1 2 Vr PRESIDENTE EPITACIO/SP

DECISÃO

|Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido em ação previdenciária para condenar o réu a conceder ao autor o benefício de auxílio-doença, a partir do dia seguinte à data de sua cessação indevida. As prestações em atraso deverão ser corrigidas monetariamente, acrescidas de juros de mora. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais). Sem condenação em custas processuais. Concedida a antecipação de tutela determinando-se a imediata implantação do benefício, no prazo de 30 dias a contar da sentença.

À fl. 106, foi comunicado o restabelecimento do benefício pelo réu.

A parte autora apela objetivando a percepção do benefício de aposentadoria por invalidez.

Sem contrarrazões de apelação.

Após breve relatório, passo a decidir.

Da remessa oficial tida por interposta

Legitima-se o reexame necessário, no presente caso, uma vez que não é possível precisar se o valor da condenação excede ou não o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, estabelecido pelo § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº 10.352/2001.

Do mérito

O autor, nascido em 09.09.1973, pleiteia a concessão do benefício aposentadoria por invalidez, ou o restabelecimento do auxílio-doença, este último previsto no art. 59, da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 10.08.2009 (fl. 67/71), revela que o autor é portador de episódio depressivo moderado, podendo ser reversível com tratamento. O perito atesta que o autor está incapacitado de forma total e temporária para o exercício da atividade laborativa atual (cortador de cana).

Destaco que o autor esteve em gozo do benefício de auxílio-doença até 15.07.2008 (fl. 20), razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, vez que a própria autarquia, ao conceder referida benesse, entendeu preenchidos os requisitos necessários para tal fim, tendo sido ajuizada a presente ação em 17.12.2008, dentro, portanto, do prazo estatuído no art. 15, inc. II, da Lei nº 8.213/91.

Dessa forma, tendo em vista a patologia apresentada pelo autor, revelando sua incapacidade total e temporária para o labor, tendo sido destacado pelo perito a possibilidade de reabilitação profissional, entendo ser irreparável a r. sentença "a quo" que lhe concedeu o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

Saliente-se, no entanto, que a Autarquia deverá submeter o beneficiário, caso necessário, ao processo de reabilitação profissional previsto no art. 62 da Lei 8.213/91 que assim determina:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez

O termo inicial do auxílio-doença deve ser mantido na forma da sentença, ou seja, a partir da data de sua cessação indevida (15.07.2008 - fl. 20), vez que consoante verifica-se dos documentos acostados à fl. 27/28, não houve sua recuperação, devendo ser compensadas eventuais parcelas pagas na esfera administrativa, quando da liquidação da sentença.

Cabe ainda explicitar os critérios de correção monetária e juros moratórios.

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros moratórios devem ser calculados, de forma globalizada para as parcelas anteriores à citação e de forma decrescente para as prestações vencidas após tal ato processual até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Destaco que "o art. 5º da Lei 11.960/09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previsto no art.1º-F da Lei 9.494/97, possui natureza instrumental material. Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento" (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1136266/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17.06.2010, DJe 02.08.2010).

Quanto à verba honorária, o E STJ já decidiu que se aplica às autarquias o disposto no parágrafo 4º, do art. 20, do CPC (STJ 1ª Turma, REsp. 12.077-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.09.1991, negaram provimento v.u., DJU de 21.10.1991, p. 14.732), revelando-se, assim, adequada a verba honorária fixada.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação da parte autora.**

As parcelas pagas a título de antecipação de tutela deverão ser compensadas, quando da liquidação da sentença.

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00100 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026285-35.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.026285-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : PEDRO MENDES BATISTA
ADVOGADO : LILIAN CRISTINA BONATO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : IVO QUINTELLA PACCA LUNA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 06.00.00130-6 2 Vr SERTAOZINHO/SP
DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho.

A matéria versada, portanto, refere-se à concessão de benefício decorrente de acidente de trabalho, cuja competência para conhecer e julgar não é da Justiça Federal, consoante disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
(grifei)

Nesse sentido, aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionou, pacificando a matéria, sendo que restou firmada a competência da Justiça Estadual nos casos de ação acidentária, quer seja para a concessão ou revisão:

A propósito, trago à colação a jurisprudência que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUIZ FEDERAL E ESTADUAL. REVISIONAL DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CF/88. SÚMULA N.º 15 DO STJ. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA CÍVEL DE NOVO HAMBURGO/RS.

1. As causas decorrentes de acidente do trabalho, assim como as ações revisionais de benefício, competem à Justiça Estadual Comum. Precedentes desta Corte.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ; 3ª Seção; AGRCC 30902; Relatora Min Laurita Vaz; DJU de 22/042003,pág. 194)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DOENÇA PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

A doença profissional e a doença do trabalho estão compreendidas no conceito de acidente do trabalho (Lei nº 8.213, artigo 20) e, nesses casos, a competência para o julgamento da lide tem sido reconhecida em favor da justiça estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca de Guarulhos/SP, suscitado.

(STJ; CC 36109; 2ª Seção; Relator Ministro Castro Filho; DJU de 03/02/2003, pág. 261)

Transcrevo ainda, julgado da Excelsa Corte, por meio do qual se dirimiu eventuais discussões acerca do tema:

COMPETÊNCIA - REAJUSTE DE BENEFÍCIO ORIUNDO DE ACIDENTE DE TRABALHO - JUSTIÇA COMUM.

- Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela

igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que ao deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(STF; 1ª T.; RE nº 351528/SP; Relator Min. Moreira Alves; DJU de 31/10/2002, pág. 032)

Assim sendo, ante a manifesta incompetência deste Tribunal para apreciação do recurso, **determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, restando prejudicado o exame, por esta Corte, da apelação interposta pelo autor**, dando-se baixa na Distribuição.

Int.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00101 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026636-08.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.026636-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ABELARDO PEREIRA DE AGUIAR
ADVOGADO : EVELISE SIMONE DE MELO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FABIANA CRISTINA CUNHA DE SOUZA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00059-1 3 Vr MOGI GUACU/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença proferida em ação ordinária, onde se objetiva o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou a concessão da aposentadoria por invalidez.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, com fundamento na ausência de incapacidade para o trabalho. Condenou o autor ao pagamento das despesas processuais, devidamente corrigidas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observando-se que o vencido é beneficiário da justiça gratuita (artigo 11 e 12 da Lei nº 1.060/50). Fixou, ainda, honorários periciais no valor máximo previsto na tabela respectiva.

Apelou a parte autora pleiteando a reforma da r. sentença, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores dos benefícios pleiteados. Requer a concessão da aposentadoria por invalidez.

Decorrido *in albis* o prazo para contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

No presente caso, observa-se a manutenção da qualidade de segurado, bem como o cumprimento do período de carência, conforme informações do benefício - INFBEN expedido pela previdência social - fls. 49, comprovando que o autor esteve em gozo do auxílio-doença até 05.07.2007, portanto, dentro do "período de graça" previsto no art. 15 da Lei nº 8.213/91, ao interpor a ação.

No tocante à presença da moléstia incapacitante, verifica-se do laudo médico pericial (fls. 154/155) que o autor, trabalhador em serviços gerais, hoje com 53 anos de idade, apresentou acidente vascular hemorrágico em março de 2007. Afirma o perito médico que o AVC evoluiu sem seqüelas motoras, sensoriais ou cognitivas, não havendo, portanto, incapacidade para o trabalho.

O autor não trouxe aos autos qualquer atestado ou exame médico com data posterior à cessação do auxílio-doença a fim de confrontar a alegada cessação indevida do benefício.

Assim, ausentes os requisitos autorizadores da aposentadoria por invalidez, ou mesmo do auxílio-doença, conforme o disposto nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, mantendo a r. sentença.
Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.
Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00102 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026850-96.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.026850-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : MARIA LUIZA PROENCA DA SILVA
ADVOGADO : ALTEVIR NERO DEPETRIS BASSOLI
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : JOSE ALFREDO GEMENTE SANCHES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00085-1 3 Vr ITAPETININGA/SP
DECISÃO
Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. Não houve condenação em custas por ser a autora beneficiária da Justiça Gratuita.

Em apelação, a parte autora alega que foram comprovados os requisitos para a concessão de um dos benefícios em comento.

Sem contra-razões de apelação (fl. 83).

Após breve relatório, passo a decidir.

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 02.03.1967, estão previstos nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Nesse diapasão, o compulsar dos autos demonstra que não assiste razão à apelante.

O laudo médico-pericial, elaborado em 20.01.2010 (fl. 62/64), revela que a autora é portadora de hipertensão arterial, que, no entanto, não lhe acarreta limitação funcional para o exercício de atividade laborativa, conforme resposta ao quesito nº 3 do INSS de fl. 63. Aponta, ainda, que a demandante não apresenta alterações clínicas significativas ou a presença de complicações que possam ser atribuídas à hipertensão arterial.

Dessa forma, não preenchendo a demandante os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou tampouco do auxílio-doença, vez que o laudo foi categórico quanto à inexistência de incapacidade para o trabalho ou mesmo de limitação, a improcedência do pedido é de rigor.

Assim, a peça técnica apresentada pelo Sr Perito, profissional de confiança do Juiz e equidistante da parte, foi conclusiva no sentido da inexistência de incapacidade da autora, a qual não apresentou qualquer elemento que pudesse desconstitui-la, ou mesmo laudo de assistente técnico contrapondo-se às conclusões do *Expert*.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da autora**. Não há condenação da parte autora em honorários advocatícios e aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Decorrido "in albis" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de Origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00103 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027032-82.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.027032-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO
APELANTE : SEVERINO LEONARDO DA SILVA
ADVOGADO : JOSE WAGNER CORREA DE SAMPAIO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 07.00.00004-9 2 Vr ITATIBA/SP
DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Houve condenação em honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observados os benefícios da justiça gratuita.

A parte autora apela argumentando restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício em comento, haja vista ser portador de sequelas que o incapacitam para o exercício de atividade laborativa.

Sem contrarrazões de apelação (fl. 120).

Após breve relatório, passo a decidir.

O autor, nascido em 11.12.1978, pleiteou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, previsto no art. 42 da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O laudo do perito judicial, elaborado em 06.07.2009 (fl. 81/89), atesta que o autor é portador de limitação discretíssima da extensão do cotovelo esquerdo, com força muscular do braço normal, sem apresentar incapacidade para o trabalho.

Assim, não ficou caracterizada, no momento da perícia realizada por profissionais de confiança do Juízo e equidistantes das partes, a presença da incapacidade laborativa do autor, a justificar a concessão do benefício em comento, o qual não trouxe aos autos elementos que pudessem desconstituir as conclusões periciais.

Não há condenação do autor aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Diante do exposto, nos termos do art. 557, "caput" do CPC, **nego seguimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00104 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028078-09.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028078-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JAIME ANDALECIO DE ARAUJO

ADVOGADO : SERGIO HENRIQUE PACHECO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADEVAL VEIGA DOS SANTOS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00083-0 1 Vr BARRETOS/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 2.000,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a possibilidade de renúncia ao benefício.

Com contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental.

(RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária.

No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a

concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00105 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028196-82.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028196-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO DE OLIVEIRA

ADVOGADO : MARIA INEZ FERREIRA GARAVELLO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : WAGNER DE OLIVEIRA PIEROTTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00086-5 2 Vr SALTO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 500,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que o E. STJ vem admitindo a renúncia ao benefício sem restituição dos valores recebidos.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observe que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irrisignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora.

Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.

- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.

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

- Agravo desprovido.

(AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito,

terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- Apelação improvida.

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00106 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0029201-42.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.029201-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIA FRANCISCA DOS REIS COSTA

ADVOGADO : ALVARO ALBERTO BROGNO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCELO GARCIA VIEIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00134-7 1 Vr CACONDE/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença proferida em ação ordinária, onde se objetiva a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, com fundamento na ausência de incapacidade para o trabalho. Isentou a autora das verbas de sucumbência, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Apelou a parte autora pleiteando a reforma da r. sentença, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores dos benefícios. Requer a total procedência da ação.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

No presente caso, observa-se a perda da qualidade de segurada da autora, tendo em vista que a ação foi interposta em 07.11.2008 e, conforme consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 42/43), a autora efetuou recolhimentos à previdência somente até 14.02.2006, não constando dos autos qualquer vínculo empregatício posterior, nem mesmo comprovação de que a incapacidade alegada tenha se iniciado naquela época e ainda persiste.

O laudo médico pericial de fls. 116/120, também não atesta a incapacidade da autora. Afirma o perito médico que as descrições dos achados em exames de imagens demonstram processo degenerativo próprio da idade e não representam por si só, incapacidade para o trabalho.

Assim, ausente os requisitos autorizadores da concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença, conforme o disposto nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

A respeito do tema, cito os acórdãos:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. ISENÇÃO DE CARÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante o auxílio-doença ao segurado que ficar temporariamente impossibilitado para a prática laborativa (art. 59, lei cit.).

- Laudo médico-pericial que atestou incapacidade total e temporária desde o ano de 2003.

- Doença que faz dispensar carência. Aplicação do art. 151 da Lei 8.213/91.

- Perda da qualidade de segurado, no entanto, uma vez que a última contribuição gerada para o regime geral de previdência remete-se ao ano de 1990.

- Improcedência do pedido inicial; sentença que se mantém.

- Apelação da parte autora improvida."

(TRF 3ª Reg., AC nº 2004.61.20.005151-4/SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Fonseca Gonçalves, Oitava Turma, j. 14.04.2008, v. u., DJU 27.05.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE COMPROVADA. LAUDO MÉDICO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PRECEDENTES DO E. STJ. IMPROCEDENTE.

1. Para fins de obtenção dos benefícios de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, além da comprovação da existência da incapacidade para o trabalho, exige-se que o beneficiário ostente a qualidade de segurado, de acordo com o artigo 15 da Lei 8.213/91.

2. Termo inicial da incapacidade da parte autora, fixado em Laudo Médico, deu-se quando a mesma não mais detinha a qualidade de segurada do sistema.

3. Necessária a concomitância dos requisitos, incapacidade e qualidade de segurado, para fazer jus a qualquer dos benefícios pleiteados, nos termos dos artigos 42 e 59 da Lei n.º 8.213/91.

4. Precedentes do STJ.

5. Sentença mantida.

6. Apelação da autora improvida."

(TRF 3ª Reg., AC nº 2004.61.14.006553-8/SP, Rel. Desemb. Fed. Jediael Galvão, Décima Turma, j. 15.01.2008, v. u., DJU 13.02.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AGRAVO RETIDO. CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DA QUALIDADE DE SEGURADO E DA INCAPACIDADE.

1- A teor do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil, a apreciação do agravo retido deve ser expressamente requerida, o que não foi feito.

2- Não é devida a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-doença à parte Autora que, embora tenha comprovado a carência, não demonstrou a manutenção da qualidade de segurado e a incapacidade para o trabalho.

3- Hipótese em que a Requerente deixou de trabalhar pelo menos dez anos antes do requerimento, ocorrendo a perda do direito ao benefício.

4- As provas dos autos não conduzem à certeza de que a incapacidade da Autora remonta ao período em que estava exercendo atividade laborativa.

5- Laudo pericial que afirma a existência de incapacidade parcial e permanente para o trabalho.

6- Agravo retido não conhecido. Apelação da parte Autora improvida.

Sentença mantida."

(TRF 3ª Reg., AC nº 1999.61.09.005982-4/SP, Rel. Desemb. Fed. Santos Neves, Nona Turma, j. 12.11.2007, v. m., DJU 13.12.2007)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da autora, mantendo a r. sentença.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00107 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031129-28.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.031129-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : CREUZA LIMA DOS SANTOS MARQUES

ADVOGADO : RENATA RUIZ RODRIGUES

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ELISE MIRISOLA MAITAN

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00151-5 2 Vr GUARARAPES/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que a autora não logrou êxito em comprovar suas alegações de efetivo exercício de atividade rural pelo período aduzido. Houve condenação da autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), observando-se o artigo 12 da Lei 1.060/50.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim o exercício de atividade rural pelo período correspondente ao vindicado, a teor do artigo 143 da Lei 8.213/91.

Não houve apresentação de contrarrazões (fl. 75vº).

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 31.05.1951, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 31.05.2006, devendo comprovar 12 anos e 6 meses de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei 8.213/90 para a obtenção do benefício em epígrafe.

A jurisprudência do E. STJ já está firmada no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, embora a autora tenha acostado aos autos cópia de requerimento de seguro desemprego (30.06.2002, fl. 10), contrato de trabalho de safra (22.07.1998, fl. 11/12), termo de rescisão de contrato de trabalho (30.06.2002, fl. 14/15), contrato de experiência (01.02.2002, fl.16) e certificado de reservista (15.12.1966, fl. 17), nos quais seu companheiro fora qualificado como *trabalhador rural e lavrador*, não restou comprovado o seu labor rural.

Com efeito, a demandante não logrou comprovar o exercício de atividade rural no período anterior à data em que completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, pois embora existam referidos documentos demonstrando a condição

de lavrador de seu esposo, os dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS - acostados pelo réu à fl. 43/59, comprovam a existência de vínculos de trabalho urbano por parte da autora, no período de 1980 a 1999, não havendo início de prova material do retorno às lides rurais.

Desse modo, embora as testemunhas de fl. 63/64 tenham afiançado que conhecem a autora desde 1984 e há mais de 20 anos, respectivamente, e que ela sempre trabalhou no campo, tais depoimentos resultam fragilizados ante a ausência de início razoável de prova material quanto ao exercício de atividade agrícola.

Conclui-se, portanto, que, no caso dos autos, carece a autora de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando inviabilizada a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade.

Observo que após o implemento da idade (60 anos) e caso preenchido o requisito da carência, poderá a autora pleitear o benefício de aposentadoria comum por idade, perante o INSS.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, **declaro, de ofício, extinto o presente feito, sem resolução do mérito**, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, **restando prejudicado o apelo da autora**. Não há condenação da autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00108 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031705-21.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.031705-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : ANTONIO ALBERTO FERNANDES
ADVOGADO : RONALD FAZIA DOMINGUES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIA CAROLINA SIQUEIRA PRIMIANO MUARREK
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 10.00.00004-6 5 Vr SAO CAETANO DO SUL/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença improcedente proferida na ação proposta em face do INSS, com o fim de condenar a autarquia previdenciária a reconhecer a renúncia do benefício de aposentadoria proporcional para concessão de outra mais favorável.

A verba honorária foi fixada em R\$ 300,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Inconformada, a parte autora recorre alegando, em síntese, que a aposentadoria é um direito disponível e, portanto, renunciável. Ademais, cita precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sem contra-razões, subiram os autos.

É o relatório. Decido.

A apelação não merece provimento.

No caso dos autos, a parte autora pretende a desconstituição do ato de sua aposentadoria para, computando o período de contribuição que se sucedeu àquele ato, obter nova jubilação, mais vantajosa, no sistema previdenciário comum ou especial.

A esta pretensão a doutrina denominou de *desaposentação*, definida como "*a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio da Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário.*" (Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª. Edição)

A reversão da aposentadoria para obtenção de outra jubilação mais vantajosa não foi prevista pelo legislador ordinário. Ao contrário, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 veda ao segurado a concessão de qualquer outro benefício após o retorno à atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação.

Diante da ausência de previsão legal específica com relação a desaposentação, compete aos intérpretes verificar a sua possibilidade em face dos princípios que regem a seguridade social.

Observo que o fundamento desta tese está no inconformismo dos segurados em continuar a contribuir para um sistema sobre o qual já não lhe é garantida qualquer vantagem adicional.

Trata-se, pois, da outra face da moeda em relação à questão da contribuição social do aposentado.

Num primeiro momento esta irresignação manifestou-se no sentido de impedir o desconto da contribuição social sobre os rendimentos dos aposentados. Entretanto, tal intento não obteve êxito uma vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a contribuição social do aposentado é constitucional. É o que se vê nos julgados que seguem:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APOSENTADO QUE RETORNA À ATIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta, uma vez que a questão debatida no caso foi decidida com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.213/91). Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social. Precedentes. III - Agravo regimental. (RE 364224 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 23.04.2010)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR APOSENTADO. RETORNO À ATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONTRAPARTIDA À NOVA CONTRIBUIÇÃO. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 364309 AgR / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe 25.09.2009)

Neste segundo momento, discute-se a existência de efeitos patrimoniais decorrentes das contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno ao trabalho, isto é, se haveria alguma contrapartida por parte da Administração Pública em razão desta arrecadação.

A solução da lide, até por uma questão lógica e de coerência, não pode ser outra, senão reafirmar que a contribuição do aposentado sem contrapartida é admitida por força do princípio da solidariedade.

A previdência social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, de forma que o retorno à atividade econômica não afasta a obrigação ao pagamento de contribuição previdenciária, sob o imperativo do princípio da solidariedade. Ou seja, no regime da previdência social escolhido pelo legislador constituinte não se contribui apenas para si, mas para a seguridade como um todo, assegurando equilíbrio para o sistema.

Destarte, com estes argumentos, já se poderia concluir que é vedado ao aposentado receber seu benefício e, ao mesmo tempo, extrair das contribuições posteriores à jubilação o direito a uma espécie de revisão de benefício sob o rótulo da *desaposentação*.

Neste ponto há consenso entre os precedentes das turmas que compõe a Colenda Terceira Seção desta Corte. Entretanto, subsistem duas vertentes:

A primeira no sentido de que a renúncia ao benefício, acompanhada da devolução dos valores recebidos, teria o condão de restabelecer as coisas *in status quo ante*, ou seja, com a anulação do proveito econômico é como se o benefício nunca tivesse existido.

Para esta corrente, a renúncia é um ato privativo da vontade do aposentado de modo que a administração não pode obstar esse direito. Esse o entendimento fixado na Colenda Sétima Turma desta Corte (AC 2007.61.27.004796-3, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJe 10.05.2010).

Por outro lado, a segunda vertente considera que o ato de concessão da aposentadoria foi praticado nos termos da lei, sem que nenhum vício tenha sido constatado, razão pela qual não poderia, em tese, tal ato ser excluído do mundo jurídico e substituído por outro mais benéfico para a parte, considerando somente a vontade da parte beneficiária. No caso dos autos, não vejo como afastar a aplicação do princípio da legalidade e a desconstituição de um ato jurídico perfeito e acabado, que vem produzindo efeitos ao longo do tempo.

É certo que a renúncia ao seu benefício depende exclusivamente da sua vontade. No entanto, não se trata apenas de renunciar ao benefício ou deixar de receber as prestações devidas, abandonando o seu crédito porque o que se pretende com a renúncia é a obtenção de uma nova concessão, computando agora as contribuições vertidas para o sistema após a concessão do beneplácito.

Assim, partilho do entendimento da impossibilidade da *desaposentação*, conforme pretendido pela parte autora. Verifico que os julgados mais recentes desta Colenda Décima Turma foram neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. ART. 12, § 4º, DA LEI Nº 8.212/91 E ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO SUPEDANEADA NA JURISPRUDÊNCIA DO C. STF E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte.
 - O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice nos artigos 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.
 - As contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.
 - Consoante entendimento esposado pelo STF, não há correspondência entre a contribuição recolhida pelo aposentado, que permanece ou retorna à atividade, e o incremento dos proventos, pelo que totalmente incabível a pretensão da parte autora de recálculo da renda mensal de sua aposentadoria com o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a sua jubilação.
 - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.
 - Agravo desprovido.
- (AC 2008.61.83.002533-9, 10ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, DJe 15.07.2010)

Na mesma linha os julgados das Colendas Oitava e Nona Turma desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE "DESAPOSENTAÇÃO". INVIABILIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há decadência nem prescrição na hipótese (art. 103, Lei 8.213/91, art. 1º, Decreto 20.910/32, e arts. 219, § 5º, e 1.211, CPC). - A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente ("desaposentação"). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública. - O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, expressamente, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99). - Ad argumentandum, ainda que admitida a viabilidade da desaposentação, condição sine qua non para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria. - Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(AC 2009.61.14.004724-8, 8ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vera Jucovsky, DJe 25.05.2010)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 285-A DO CPC - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO - POSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA - INDICAÇÃO E TRANSCRIÇÃO DO PRECEDENTE DE PRIMEIRO GRAU - DESNECESSIDADE - PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI N. 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA.

I- Editado com o objetivo de dar celeridade ao andamento processual e cumprir o objetivo constitucional de garantir ao jurisdicionado a razoável duração do processo, o art. 285-A evita a repetição de intermináveis discussões em demandas idênticas que, desde o início, já se sabe, em razão de anteriores decisões em idênticas hipóteses de direito, terão julgamento de improcedência do pedido. Deixá-las prosseguir, cumprindo todas as fases do procedimento ordinário, a ninguém aproveita, uma vez que o único resultado é o congestionamento do Poder Judiciário e autêntica denegação de justiça para milhares de jurisdicionados. Inconstitucionalidade não reconhecida.

II- Quanto à falta de indicação, na sentença prolatada, do processo em que o juízo a quo proferiu a sentença de improcedência, sem a respectiva transcrição, a alegação não procede, já que há inúmeras outras ações idênticas em todas as Varas da Justiça Federal e uma significativa quantidade de recursos nesta Corte sobre a mesma matéria. Conhecem os advogados muito bem o entendimento adotado na sentença, de modo que rejeito também esta alegação.

III- Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

IV- O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada.

V- As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

VI- Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

VII- *Apelação improvida.*

(AC 2009.61.83.001703-7, 9ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, DJF3 24.09.2010)

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00109 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032117-49.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.032117-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JOSE RAIMUNDO

ADVOGADO : RODRIGO FORTES CHICARINO VARAJÃO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ANDREA FARIA NEVES SANTOS

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00098-9 1 Vr CRUZEIRO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação em ação de conhecimento, ajuizada em 12/09/2007, perante a Justiça Estadual da Comarca de Cruzeiro/SP, que tem por objeto condenar a Autarquia a conceder o benefício de auxílio-doença desde a data em que reconhecida a incapacidade na esfera administrativa, em 13/08/2004.

O MM. Juízo *a quo* declinou da competência para a Justiça do Trabalho (fls. 146/147) e após a decisão proferida pelo E. STJ, declarando a competência do Juízo suscitante, os autos retornaram à Vara de origem (fls. 159/160).

Instadas a se manifestar, pugnou a parte autora pelo julgamento da lide e Autarquia, pela realização da perícia médica, tendo sido nomeado o Dr. Fernando Coutinho de Freitas Junior (fls. 180), em substituição aos peritos anteriormente nomeados que declinaram do mister.

Entretanto, a perícia não chegou a ser realizada, pois a parte autora atravessou petição às fls. 181 desistindo da ação e requerendo a extinção do feito sem julgamento do mérito, tendo a Autarquia discordado do pedido e pugnado pela improcedência da ação.

A r. sentença apelada, julgou improcedente o pedido, diante do "*frágil quadro probatório trazido aos fólhos pelo autor*" e extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do inciso I do Art. 269 do CPC, condenando a parte autora no pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados no valor de R\$380,00, observada a gratuidade judiciária concedida.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, esclarecendo, em preliminar, que não tinha intenção de desistir da ação, pois "*na realidade, ao procurar o advogado desconstituído em fl. 05, o Apelante informou-o que pretendia mudar de defensor, e não que estava desistindo do processo, como, talvez, por falha de comunicação, entendeu seu antigo patrono*", esclarecendo que, por se tratar de analfabeto funcional, assinou a declaração pensando tratar de termo de desconstituição de advogado. No mérito, aduz que faz jus ao benefício de auxílio-doença, pois o laudo médico pericial elaborado pela Autarquia (fls. 10/11), não deixa dúvida acerca da incapacidade laborativa, fato reconhecido pelo apelado em sua contestação e ainda, que não ocorreu a perda da qualidade de segurado, vez que estava laborando com registro na CTPS no período de 03/03/2002 a 05/05/2003 e se o empregador não recolheu as contribuições devidas ao período correspondente, caberia ao Apelado inscrever seu crédito em dívida ativa.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O autor, trabalhador rural, nascido em 18/08/1954, pleiteia a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, o qual está disciplinado no Art. 59 da Lei 8.213/91, com a seguinte redação:

"O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos."

Consta dos autos que o benefício foi requerido na esfera administrativa e que foi reconhecida a incapacidade, após a perícia realizada por Médico pertencente ao quadro do INSS em 13/08/2004, que concluiu que à época o autor era portador de Gonartrose (Artrose do Joelho) CID M17, tendo sido fixada a data de início da doença em 22/07/2003 e a data de início da incapacidade em 09/09/2003 (fls. 10 e 11).

Entretanto, na comunicação de decisão de fls. 12, foi informado que não foi reconhecido o direito ao benefício, em razão da perda da qualidade de segurado (fls. 12), tendo o autor recorrido da decisão, que se encerrou com o improvimento do recurso pela 13ª Junta de Recursos, no Acórdão proferido em 08/02/2007, de acordo com a cópia do processo administrativo carreado aos autos pela defesa às fls. 30/67.

O autor comprovou o exercício da atividade rural por meio do registro anotado em sua CTPS, no período de 03/03/2002 a 05/05/2003, pelo empregador Luiz Carlos de Oliveira Campos (fls. 08/09). Impende ressaltar que a data de admissão foi modificada por determinação judicial, em decorrência da ação judicial movida pelo autor perante a Justiça do Trabalho (fls. 14/17), cujo tema foi objeto de análise no processo administrativo mencionado.

Entretanto, o Juízo *a quo* nada decidiu a respeito dessa questão e julgou a lide sem realizar a perícia médica imprescindível ao benefício postulado.

Em tais circunstâncias, está claro que ao surpreender as partes com a sentença de mérito, a r. decisão recorrida ofende o devido processo legal, deixando de assegurar-lhes a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, com o que impede ainda a apreciação pelo Tribunal da questão, visto que nada decidiu quanto às provas indispensáveis ao reconhecimento, ou não, do exercício de atividades rurais e da incapacidade da parte autora.

Ao Tribunal, por também ser destinatário da prova, é permitido o reexame de questões pertinentes à instrução probatória, não sendo alcançado pela preclusão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido:

"PROVA. DISPENSA PELAS PARTES. DILAÇÃO PROBATÓRIA DETERMINADA PELA 2ª INSTÂNCIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. Em matéria de cunho probatório, não há preclusão para o Juiz. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido".

(REsp 262.978 MG, Min. Barros Monteiro, DJU, 30.06.2003, p. 251); e

"PROCESSUAL CIVIL. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO RETIDO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INEXISTÊNCIA.

1 - Não há preclusão para o juiz em matéria probatória, razão pela qual não viola o art. 473 do CPC o julgado do mesmo Tribunal que, ao julgar apelação, conhece e dá provimento a agravo retido, para anular a sentença e determinar a produção de prova testemunhal requerida pelo autor desde a inicial, ainda que, em momento anterior, tenha negado agravo de instrumento sobre o assunto.

2 - Interpretação teleológica do art. 130 do CPC corroborada pela efetiva e peremptória intenção do autor em produzir a prova.

3 - Recurso especial não conhecido."

(REsp 418971/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 07.11.2005, pág. 288).

Assim sendo, para o deslinde da questão, entendo ser necessária a reabertura da instrução processual, para a realização da perícia médica e a oitiva de testemunhas, vez que se trata de trabalhador rural e a questão envolve a perda de qualidade de segurado, não analisada pelo Juízo, a fim de que seja auferida a capacidade laborativa do autor, em face da patologia constatada pela Autarquia Previdenciária.

Diante do exposto, com base no Art. 557, § 1-A, do Código de Processo Civil, **anulo, de ofício, a r. sentença**, para determinar a reabertura da instrução processual, com a realização de perícia médica e a oitiva de testemunhas, e determino a remessa dos autos ao Juízo de origem para esse fim e novo julgamento, restando prejudicada a apelação interposta.

Dê-se ciência e, após observadas as formalidades legais, baixem-se os autos.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00110 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0032505-49.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.032505-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : LAERCIO RODRIGUES FELICIO JUNIOR
ADVOGADO : DÉBORA CRISTINA ALVES DE OLIVEIRA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CAMILA GOMES PERES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 698 3 Vr ARARAS/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação em ação de conhecimento, que tem por objeto condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa deficiente.

O MM. Juiz *a quo*, por não considerar preenchido o requisito da incapacidade, julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento de honorários advocatícios, arbitrados no valor de R\$500,00, ressalvando ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em seu recurso de apelação a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, sustentando que foram preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício.

Subiram os autos, com contrarrazões.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do I. Procurador Regional da República, protesta pela declaração de nulidade do feito, a fim de que o Parquet Estadual seja intimado para nele atuar e no mérito, opina pelo desprovemento da apelação interposta pela parte autora, vez que não constatada a incapacidade para o trabalho.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, verifico que apesar da não intervenção do Ministério Público para se manifestar no Juízo *a quo*, não houve prejuízo na instrução processual, pelo que a referida ausência foi sanada pelo parecer exarado às fls. 164.

Sobre a questão, assim tem se manifestado a Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA. NULIDADE SANADA. INTERVENÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas, a nulidade decorrente da ausência de intervenção ministerial em primeiro grau é sanada quando, não tendo sido demonstrado prejuízo, o Ministério Público intervém em segundo grau de jurisdição.

2. Recurso especial conhecido e improvido."

(REsp 599.514/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 27/11/2006 p. 310)

"PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1 - A efetividade do princípio da instrumentalidade das formas afasta a argüição de nulidade por falta de pronunciamento do Ministério Público, em primeira instância, pois, há manifestação do Parquet sobre o mérito da controvérsia, em segundo grau de jurisdição, o que supre qualquer irregularidade. Precedentes do STJ.

2 - Recurso especial conhecido em parte (letra "c") e improvido."

(REsp 264572/PE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 30/10/2000 p. 207)

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu artigo 20 os requisitos para a concessão do benefício, *verbis*:

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

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

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

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

O benefício assistencial requer, portanto, o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado sob o aspecto subjetivo (a deficiência) e de outro lado, sob o aspecto objetivo (a hipossuficiência).

No presente caso, a perícia médica realizada em 22/10/2010, atestou que a parte autora, com 34 anos, é portadora de Presença de Migrânea e Ansiedade Generalizada - CID G43, e que a condição médica apresentada não é geradora de incapacidade laborativa. Relata o Perito Judicial que o periciando apresentou-se com saúde mental coerente, apresentando sinais de baixa escolaridade (...) seu discernimento e conduta de auto-preservação estão preservados, que não se notou no ato da perícia nenhuma doença grave ou que naquele momento incapacitasse o periciando física ou mentalmente e que os exames e laudo médicos nada acrescentaram para conclusão contrária (fls. 116/126).

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa do feito nenhum elemento que indique o contrário do afirmado no parecer.

Desse modo, ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, eis que a prova produzida nos autos não demonstra a incapacidade da parte autora, decerto que não faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada do Art. 20, da Lei nº 8.742/93.

Embora não tenha sido realizado o estudo social, vez que após apresentação do laudo pericial que concluiu não haver incapacidade laborativa e a manifestação das partes, decidiu o Juízo *a quo* pelo julgamento do processo, tal fato não enseja nulidade, pois cabe ao Magistrado, no uso do seu poder instrutório, deferir ou não, determinada prova, de acordo com a necessidade para formação do seu convencimento, a teor do disposto no Art. 130 do Código de Processo Civil.

Ademais, esta Corte já decidiu que diante do não preenchimento de um dos requisitos para concessão do benefício, *in casu* a incapacidade, revela-se desnecessária a análise dos demais, vez que o laudo social não resultará alteração do julgado, por serem cumulativos os requisitos para a concessão do benefício postulado e sendo infrutífero um deles, torna-se desnecessária a produção de prova para verificar a existência do outro.

Na esteira desse entendimento, confira-se a decisão monocrática desta Corte, proferida na Apelação Cível nº 0035661-45.2010.4.03.9999/SP, proc. nº 2010.03.99.035661-1, de relatoria da Des. Fed. Marianina Galante, julgada em 20/10/2010.

Assim, não restou caracterizado o estado de incapacidade que enseja a concessão do benefício assistencial.

Consigno que, com a eventual alteração das condições de saúde a refletir no quadro incapacitante, a parte autora poderá formular novamente seu pedido.

Deve, pois, ser mantida a r. sentença quanto à matéria de fundo.

No entanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Posto isto, corrijo o erro material constante da sentença para isentar a recorrente dos ônus de sucumbência, vez que usufrui a assistência judiciária e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação, nos termos da fundamentação.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00111 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0036343-97.2010.4.03.9999/MS
2010.03.99.036343-3/MS

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : VALMIR SANTI
ADVOGADO : ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : EDUARDO FERREIRA MOREIRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.01796-2 1 Vr CHAPADAO DO SUL/MS

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença, julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), observando-se o disposto no art.12 da Lei 1.060/50.

Em seu recurso, o autor requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar a autarquia previdenciária à concessão da aposentadoria rural por idade, vez que ocorreu a comprovação da atividade rurícola através de prova documental corroborada pela prova testemunhal.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na al. "a" do inc. I, na al. "g" do inc. V e nos incs. VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Despicienda discussão quanto ao atendimento do primeiro requisito, porquanto o documento acostado às fls. 16, comprova inequivocamente a idade do demandante, no caso, 60 (sessenta) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 132 meses de labor rural.

Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- a) cópia da certidão de casamento, ocorrido na cidade de Santo Augusto - RS, onde consta a sua profissão como sendo agricultor (fls.17);
- b) cópia da certidão de nascimento de sua filha, Márcia Maria Santi, ocorrido em 03.04.68, na cidade de Santo Augusto - RS, na qual consta a profissão de seus genitores como sendo "agricultores" (fls.18);
- c) cópia de matrícula nº 9.430, de imóvel rural registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Cassilândia - MS, datada de 18.07.86, onde consta o autor se adquirente de quinhão condominial (fls.19/20vs.).

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: "De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado, o obreiro que cessa sua atividade laboral, em consequência de moléstia; a prestação de labor urbano, intercalado com lides rurais, de per si, não desnatura o princípio de prova documental amealhado; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam preservados." (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).

No que se refere à documentação apresentada, certidão de casamento onde o autor está qualificado como agricultor, certidão de nascimento de sua filha onde consta que os genitores são agricultores e matrícula de registro de imóvel rural, na qual consta ser o autor adquirente de quinhão terras rurais, pretendeu o autor produzir início de prova material de sua condição de trabalhador rural, que deverá ser corroborado de forma robusta e por período extensivo, pelas provas testemunhais.

Na espécie, pelo depoimento do autor às fls. 64, trazendo a conhecimento de que era proprietário de terras rurais, nas quais manteve produção agrícola, bem como pelos depoimentos das testemunhas (fls.65/67), que disseram ter sido o autor proprietário de terras e produtor rural, induz a alegação de sua condição de rurícola em pequena propriedade, exercendo a atividade em regime de economia familiar, já que a experiência comum demonstra que a família proprietária ou possuidora de pequena área rural é quem explora diretamente a terra, garantindo o sustento.

O autor depôs que era proprietário de 300 hectares de terras rurais, onde manteve produção agrícola juntamente com auxílio de seus filhos e funcionários em épocas de plantio e colheita.

As testemunhas depuseram de maneira genérica que conheceram o autor trabalhando no meio rural, entretanto não especificaram os respectivos períodos da alegada lida rural.

O art. 11, § 1º, da Lei n.º 8.213/91, dispõe que *"entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados"*.

Firmou-se jurisprudência nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA RURAL POR IDADE - ATIVIDADE RURÍCOLA EXERCIDA EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS URBANO E RURAL - LEI 8.213/91, ART. 11, VII, § 1º - IMPOSSIBILIDADE.

(...)

- Nos termos do art. 11, VII, § 1º, da Lei 8.213/91, para a configuração do regime de economia familiar exige-se que o trabalho seja indispensável à própria subsistência, exercido em condições de mútua dependência e colaboração, o que não se coaduna com outra atividade remunerada ou aposentadoria sob qualquer regime.- Recurso conhecido mas desprovido". (REsp 424.982/RS, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 03/02/2003)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA DE CARÁTER URBANO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. EXCLUSIVIDADE.

Para caracterização do regime de economia familiar, imprescindível à concessão de aposentadoria por idade de rurícola, exige-se que a atividade exercida "absorva toda força de trabalho" do obreiro (art. 1º, II, "b" do Decreto-lei nº 1.166/71) (...)" (REsp 265.705/RS, Sexta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 05/02/2001).

Apesar da alegada lida rural em regime de economia familiar, verifico pelas provas orais esparsas e imprecisas, considerando-se o fato de ter sido o autor empregador rural, além de frágil início de prova material, descaracterizada está, a pretendida qualificação de trabalhador rural em regime de economia familiar.

O conjunto das provas apresentadas não foi convincente, quanto a permitir aquilatar o desenvolvimento da alegada atividade rural, nas localidades mencionadas, ainda que de forma descontínua, pelo tempo da carência necessária da tabela do art. 142 da Lei 8213/91, *in casu*, de 11 anos.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (EREsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada e com base no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00112 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0036587-26.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.036587-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : MARIA RITA VICENTE PACHECO
ADVOGADO : EDSON RICARDO PONTES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : RAQUEL CARRARA MIRANDA DE ALMEIDA PRADO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00009-1 1 Vr BARRA BONITA/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MARIA RITA VICENTE PACHECO em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de benefício assistencial.

O juízo *a quo* julgou improcedente a ação, deixando de condenar o autor no pagamento de custas, despesas processuais e honorários de sucumbência, nos termos do art. 12 da Lei nº 1060/50, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, haver comprovado o preenchimento dos requisitos da deficiência e da condição de miserabilidade, previstos nos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Prequestiona a matéria para fins recursais e requer o provimento da apelação, condenando-se a autarquia à concessão do benefício assistencial nos termos da inicial, fixando-se os honorários advocatícios em 20% do valor da condenação até a liquidação.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

O ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 194/197, opina pelo desprovimento do recurso da autora.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições econômicas de se manter e nem de ter sua subsistência mantida pela família.

A Lei nº 8.742/93, que veio integralizar a norma do art. 203 da Constituição Federal, contém em seu art. 20, a previsão da idade mínima (caput), o conceito de família (§ 1º), o conceito de pessoa portadora de deficiência (§ 2º) e o critério de verificação objetiva da condição de miserabilidade (§ 3º).

Com relação ao benefício devido ao idoso, presume-se a necessidade social a partir de determinada idade. A idade mínima exigida pela Lei nº 8.742/93 era de 70 anos. Esta idade foi reduzida para 67 anos, a contar de 01.01.1998, pela Lei nº 9.720/98. Com a superveniência do Estatuto do Idoso - a Lei nº 10.741 de 01.10.2003 - a idade foi novamente reduzida para 65 anos (art. 34).

No tocante ao benefício devido à pessoa portadora de deficiência, a Lei nº 8.742/93 requer a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Esta exigência, de que o portador de deficiência seja também incapaz para a vida independente, não se encontra prevista no art. 203 da Constituição Federal. E cuidando o benefício previsto pela LOAS da proteção social de atendimento a pessoas incapazes de sobreviver sem a ação do Estado, a incapacidade para a vida independente há de ser entendida em consonância com o princípio da dignidade humana e com os objetivos da assistência social: esta incapacidade se revela com a impossibilidade do necessitado, sem o amparo de alguém, de prover ao próprio sustento.

Nesse sentido, insta acentuar, que mesmo no âmbito administrativo é assegurado ao portador de deficiência incapacitante, o deferimento do benefício assistencial, desde que demonstrada carência econômica para prover a própria subsistência (Instrução Normativa nº 95).

Nessa mesma linha, aplica-se à espécie a Súmula nº 29 editada pela TNU dos Juizados Especiais Federais: "*Para efeitos do art. 20, § 2º, da Lei 8.742, de 1993, a incapacidade para a vida independente não só é aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento*". E, ainda, o Enunciado nº 30 da Advocacia Geral da União, editado em 30 de julho de 2008, de seguinte teor: "*A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*".

Para efeito de concessão do benefício, a Lei nº 8.742/93 contém no § 3º do art. 20 a previsão do critério de verificação objetiva da condição de miserabilidade, considerando incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Ressalte-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIN 1232-1-DF (DJ 01.06.2001), declarou constitucional o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Ressalte-se, outrossim, também com base nesse julgamento, os precedentes da Excelsa Corte em recentes reclamações ajuizadas pelo INSS têm-se orientado no sentido de que (a) tal regra não impede que, no exame de cada caso concreto, o julgador faça uso de outros meios para aferir a miserabilidade do requerente do benefício e de sua família, exatamente para que o art. 203, V, da Constituição Federal se cumpra rigorosa, prioritária e inescusavelmente (Recl 3805-SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18.10.2005), bem como (b) o legislador pode estabelecer hipótese objetiva para o efeito de concessão do benefício assistencial, não sendo vedada a possibilidade de outras hipóteses, também mediante lei, razão pela qual plenamente possível a concessão do benefício assistencial com base em legislação superveniente à Lei nº 8.742/93, a qual não foi objeto da ADIN 1232-1-DF (Recl 4280-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.08.2006).

Nesse sentido: "O exame dos votos proferidos no julgamento revela que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu § 3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.(...) De se registrar que o entendimento acima expandido tem sido por mim reiterado em casos análogos, sendo exemplo disso: RCL 4.553/SP, decisão monocrática, DJ 1º.2.2007; RCL 4.496/SP, decisão monocrática, DJ 1º.2.2007; RCL 4.194/SP, decisão monocrática, DJ 29.11.2006; RCL 3.964/PB, decisão monocrática, DJ 13.9.2006; RCL 3.805/SP, decisão monocrática, DJ 18.10.2006; RCL 3.821/RO, decisão monocrática, DJ 18.10.2006; RCL 4.010/SP, decisão monocrática, DJ 18.10.2006; RCL 4.037/SP, decisão monocrática, DJ 18.10.2006. No mesmo sentido: Rcl 4.363-Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 20.9.2007; Rcl 3.891, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 18.9.2007; Rcl 4.139, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 30.06.2006; Rcl 4.133, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 30.6.2006; Rcl 4.280, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 30.06.2006; Rcl 4.272, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 24.5.2006; Rcl 4.257, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 27.4.2006; Rcl 4.270, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 25.4.2006; Rcl 4.156, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 20.3.2006." (Reclamação nº 5.750-0, Relatora Min. Carmen Lúcia, d. 12.02.2008, DJ 19.02.2008).

No mesmo sentido: RCL 4.735-MC, Rel. Min. Celso de Mello, d. 16.05.2007, DJ 23.05.2007; AI 633.855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 11.04.2007, DJ 23.04.2007; AI 647.027, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 05.02.2007, DJ 15.03.2007; AI 636.920, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, d. 05.02.2007, DJ 15.03.2007; RCL 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, d. 01.02.2007, DJ 06.02.2007; RCL 3.805, Rel. Min. Carmem Lúcia, d. 09.10.2006, DJ 18.10.2006; RCL 4.139, Rel. Min. Carlos Britto, d. 22.06.2006, DJ 30.06.2006; RCL 4.164, Rel. Min. Marco Aurélio, d. 19.05.2006, DJ 29.05.2006; RCL 4.016, Rel. Min. Marco Aurélio, d. 29.04.2006, DJ 10.05.2006; RCL 4.137, Rel. Min. Eros Grau, d. 13.03.2006, DJ 20.03.2006; RE 480.265, Rel. Min. Carlos Britto, d. 24.02.2006, DJ 16.03.2006; RE 461.146, Rel. Min. Carlos Britto, d. 13.12.2005, DJ 03.02.2006; RCL 2.617, Rel. Min. Cezar Peluso, d. 17.06.2004, DJ 25.06.2004.

Também a C. Corte Superior de Justiça, interpretando o referido dispositivo legal, firmou entendimento no sentido de que o requisito da comprovação da renda familiar per capita não superior a ¼ do salário mínimo - artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 - não exclui que a condição de miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova (tais como laudo sócio-econômico, provas testemunhais e comprovantes de despesas), de acordo com cada caso concreto, consoante os precedentes jurisprudenciais:

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 203, V, DA CF/88, § 3º, DA LEI 8.742/93. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 7 E 83/STJ. PRECEDENTES.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

2. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, pela via do recurso especial, esbarra no óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

3. Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no RESP 529.928, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., j. 06.12.2005, DJ 03.04.2006).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003.

INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento."

(STJ, RESP 841.060, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 12.06.2007, DJ 25.06.2007).

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA PER CAPITA INFERIOR A ¼ DE SALÁRIO MÍNIMO. REQUISITOS PREENCHIDOS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A verificação do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício assistencial é incompatível com o recurso especial, por depender de reexame de prova (Súmula nº 7/STJ).

2. Esta Corte, ao interpretar o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, firmou entendimento de que o critério previsto no mencionado dispositivo não é o único. Ao contrário, pode o juiz da causa verificar o preenchimento das condições de beneficiário por outros meios de prova.

3. Recurso a que se nega seguimento."

(STJ, RESP 999.917, Rel. Min. Paulo Gallotti, d. 14.02.2008, DJ 22.02.2008).

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

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).
4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.
5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.
6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.
7. Recurso Especial provido.
(RESP 1112557/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 28/10/2009, DJe 20/11/2009)

No mesmo sentido: RESP 987.258, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, d. 01.02.2008, DJ 19.02.2008; RESP 955.611, Rel. Min. Gilson Dipp, d. 04.06.2007, DJ 14.06.2007; RESP 895.815, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, d. 31.05.2007, DJ 06.06.2007; RESP 817.022, Rel. Min. Nilson Naves, d. 23.05.2007, DJ 30.05.2007; RESP. 914.841, Rel. Min. Nilson Naves, d. 11.05.2007, DJ. 17.05.2007; RESP 923.524, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, d. 23.04.2007, DJ 02.05.2007; AgRg no RESP 478.379, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 16.03.2006, DJ 03.04.2006; AgRg no AI 507.707, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 09.12.2003, DJ 02.02.2004; AgRg no AI 476.925, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., j. 01.04.2003, DJ 05.05.2003; AgRg no AI 455.435, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T. j. 07.11.2002, DJ 02.12.2002; AgRg no AI 418.124, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T. j. 17.06.2002, DJ 05.08.2002; RESP 314.264, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 15.05.2001, DJ 18.06.2001; Edcl no RESP 222.764, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 06.04.2001, DJ 04.06.2001; AgRg no AG 311.369, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. 07.12.2000, DJ 05.03.2001; RESP 223.603, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 14.12.1999, DJ 21.02.2000.

Cabe acrescentar, ainda, a existência de legislação superveniente à Lei nº 8.742/93 que estabeleceu critérios mais dilargados para a concessão de outros benefícios assistenciais: como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA; a Lei nº 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. Deste modo, a demonstrar que o próprio legislador ordinário tem reinterpretado o art. 203 da Constituição Federal, no sentido de admitir que o parâmetro objetivo do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do cidadão.

Do mesmo modo, é forçoso concluir que a interpretação sistemática da legislação superveniente, embora se refira a outros benefícios assistenciais, possibilita ao julgador que o parâmetro objetivo do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos da comprovação da condição de miserabilidade do idoso ou do deficiente que pleiteia o benefício assistencial.

Em consonância com o disposto no § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, na redação dada pela Lei nº 9.720/98, para a divisão da renda familiar é considerado o número de pessoas que vivam sob o mesmo teto, assim compreendido: o (a) cônjuge, o (a) companheiro (a), os pais, os filhos e irmãos não emancipados de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos. Em consequência, os rendimentos auferidos por familiar não elencado no art. 16 da Lei nº 8.213/91 não podem obstar o deferimento do benefício assistencial.

Outrossim, na aferição da hipossuficiência tem cabimento o disposto no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), excluindo do cálculo da renda mensal familiar, para fins de concessão de benefício assistencial, o rendimento oriundo de qualquer benefício previdenciário no valor de um salário mínimo percebido por outro membro da família do necessitado, nos termos dos precedentes desta Corte: EI na AC nº 98.03.020404-1, Terceira Seção, Rel. Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. 12.09.2007, DJ 11.10.2007.

Quanto à inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003, no tocante à condição de miserabilidade da família do necessitado da assistência social, já decidiu o Excelso Tribunal ino correr violação ao inciso V do artigo 203 da Constituição da República ou à decisão proferida na ADIN nº 1.232-1-DF, a aplicação aos casos concretos do disposto supervenientemente pelo Estatuto do Idoso (artigo 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003), em acórdãos assim ementados:

"EMENTA: Benefício assistencial (CF, art. 203, V): recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz do Estatuto do Idoso (L. 10.741/2003, art. 34, parágrafo único): ino ocorrência de violação do artigo 203, V, da CF ou ino observância do entendimento firmado na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, dado que na decisão impugnada não há declaração de ino constitucionalidade da legislação pertinente (L. 8.742/93, art. 20, § 3º), mas interpretação de dispositivo legal superveniente, que não foi objeto da ADIn 1232."

(STF, AgRg no AI 590.169-5, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 13.12.2006, DJ 09.02.2007).

"EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 c.c. art. 34, § único, da Lei nº 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI nº 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI nº 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo).

(RE 561.936/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., j. 15.04.2008, DJe-083, divulg. 08.05.2008, public. 09.05.2008)

Nesse sentido, recentes decisões daquela Excelsa Corte, *in verbis*:

"DECISÃO: A controvérsia suscitada no recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (RE 561.936/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO):

"Benefício assistencial (CF, art. 203, V): recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz do Estatuto do Idoso (L. 10.741/2003, art. 34, parágrafo único): inoportunidade de violação do artigo 203, V, da CF ou inobservância do entendimento firmado na ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001, dado que na decisão impugnada não há declaração de inconstitucionalidade da legislação pertinente (L. 8.742/93, art. 20, § 3º), mas interpretação de dispositivo legal superveniente, que não foi objeto da ADIn 1232." (AI 590.169-AgR/MS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

O acórdão impugnado em sede recursal extraordinária ajusta-se a essa orientação jurisprudencial.

Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere."

(AI 800.194/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, d. 31.05.2010, DJe-107, divulg. 14.06.2010, public. 15.06.2010)

"DECISÃO. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. O acórdão recorrido concedeu o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, bem como, na Lei 8.742/93. O julgado restou assim ementado:

"ASSITÊNCIA SOCIAL. LOAS. RENDA PER CAPITA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO IDOSO.

1. O valor da aposentadoria recebido pelo pai da recorrida não deve ser computado para efeito de cálculo da renda familiar per capita. Aplica-se, por analogia, o art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (estatuto do idoso)

2. A situação da recorrente se assemelha àquela prevista no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003. Assim o benefício assistencial de prestação continuada concedido a membro da família com pelo menos 65 anos de idade, a aposentadoria com renda mínima recebida por membro da família com essa idade também não deve ser computada para os fins do cálculo da renda familiar per capita.

(...)" (fl. 109).

No RE, fundado no art. 102, III, a e b, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 203, V, da mesma Carta. O agravo não merece acolhida. É que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte no sentido de que é cabível a dedução de renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar. Nesse sentido, cito por oportuno o RE 561.936/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, cuja ementa segue transcrita:

RECURSO. Extraordinário. Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 c.c. art. 34, § único, da Lei nº 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI nº 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI nº 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo).

Isso posto, nego seguimento ao recurso."

(AI 802.020/ES, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, d. 01.06.2010, DJe-107, divulg. 14.06.2010, public. 15.06.2010)

No mesmo sentido, v.g., AI 784.952/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, d. 25.08.2010, DJe-166, divulg. 06.09.2010, public. 08.09.2010; AI 798.746/ES, Rel. Ministra Cármen Lúcia, d. 02.08.2010, DJe-154, divulg. 19.08.2010, public. 20.08.2010; AI 805.435/PR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, d. 30.06.2010, DJe-144, divulg. 04.08.2010, public. 05.08.2010; AI 800.115/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, d. 02.06.2010, DJe-110, divulg. 17.06.2010, public. 18.06.2010; AI 582.304/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, d. 20.04.2010, DJe-082, divulg. 07.05.2010, public. 10.05.2010; AI 793.700/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, d. 04.05.2010, DJe-085, divulg. 12.05.2010, public. 13.05.2010; RE 601.677 AgR-AgR/PR, Rel. Min. Eros Grau, d. 23.04.2010, DJe-082, divulg. 07.05.2010, public. 10.05.2010; AI 693.146/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, d. 23.02.2010, DJe-046, divulg. 12.03.2010, public. 15.03.2010.

No caso dos autos, a parte autora, que contava com 54 anos de idade na data do ajuizamento da ação (doc. fls. 18), requereu o benefício assistencial por ser deficiente.

Do laudo médico elaborado pelo perito judicial, de fls. 108, resta constatada a incapacidade da parte autora à vida independente e ao trabalho, por ser portadora de graves e irreversíveis distúrbios neuro-psiquiátricos (retardo mental

moderado associado a transtorno delirante e doença de Huntington), além de incoordenação motora nos membros superiores.

No entanto, a par da incapacidade demonstrada, da análise do mandado de constatação de fls. 83/84 não resta configurada a condição de miserabilidade da parte autora, consoante assinalado no parecer do Ministério Público Federal às fls. 194/197: "O estudo social, acostado às fls. 83/84, dá conta de que a apelante reside, em companhia do cônjuge e de um filho, em imóvel financiado que 'apresenta com estado de conservação. Os móveis, assim como os eletrodomésticos, são antigos, porém bem conservados também'. Consta ainda do referido do estudo que a renda familiar totaliza R\$ 1.068,00 (um mil e sessenta e oito reais) provenientes dos salários do cônjuge e do filho da apelante. Renda essa que se mostra suficiente para a manutenção do núcleo familiar, cujas despesas mensais somam R\$ 1.003,00 (um mil e três reais)."

Assim, não preenche a parte autora todos os requisitos necessários ao deferimento do benefício, pelo que deve ser mantida a r. sentença.

Por fim, cumpre ressaltar que havendo alteração de condições econômicas a parte autora poderá renovar seu pedido na esfera administrativa ou judicial.

Não há condenação da parte autora aos ônus de sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00113 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0036624-53.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.036624-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : ALVARO ANTONIO CASSEMIRO

ADVOGADO : EDVALDO LUIZ FRANCISCO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00124-3 3 Vr TATUI/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença proferida em ação ordinária, onde se objetiva a concessão do benefício de auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, com fundamento na ausência de incapacidade para o trabalho. Condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, devidamente corrigido, observando-se, contudo, o disposto no artigo 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

Apelou a parte autora pleiteando, preliminarmente, a apreciação do agravo retido, onde alega cerceamento de defesa, requerendo seja deferido a produção de prova testemunhal. No mérito, sustenta estarem presentes os requisitos autorizadores dos benefícios.

Transcorrido *in albis* o prazo para contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, não prospera a alegação de cerceamento de defesa, ante o indeferimento do pedido de prova testemunhal, visto que o juiz deve decidir de acordo com o seu convencimento, apreciando livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos (art. 131 do CPC).

Neste sentido, cito o precedente:

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, visto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se de fatos, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

Inexiste violação do artigo 535 do CPC, quando o magistrado decide todas as questões postas na apelação, mesmo que contrárias à sua pretensão.

Agravo regimental desprovido."

(STJ, AgRg no REsp. nº 494.902/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. 15.09.2005, v.u., DJ 17.10.2005).

No mérito, conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

No presente caso, observa-se a perda da qualidade de segurado do autor, tendo em vista que a ação foi interposta em 17.07.2008 e, conforme cópia do processo administrativo (fls. 39/54), ele recebeu o último auxílio-doença pelo período de 07.07.2006 a 01.09.2006, não constando dos autos qualquer vínculo empregatício posterior, ou recolhimentos à previdência e nem mesmo comprovação de que a incapacidade alegada tenha se iniciado naquela época e ainda persiste. O laudo médico pericial de fls. 80/85, também não atesta a incapacidade do autor. Afirma que "*O paciente foi submetido à retirada de pólipos no intestino (CID K62), do tipo adenomatoso, o que implica em acompanhamento periódico pelo risco de malignidade. A endoscopia digestiva alta evidenciou gastropatia e úlcera péptica cicatrizada (CID K27), o que necessita também de acompanhamento e tratamento medicamentoso.*" Concluiu "*Nenhuma destas condições causa incapacidade laboral.*" Afirma ainda "*O autor refere que a sua principal limitação para o laboro é a dificuldade em segurar objetos com as mãos devido a dores musculares nos membros superiores. Durante o exame físico, conseguiu segurar objetos e a força muscular das mãos aparentou estar preservada nos testes realizados. Entretanto, relatou muita dor nas manobras. Não foram apresentados laudos médicos ou exames complementares que interpretassem estes sintomas ou referissem a esta limitação.*" E, por fim conclui "*Desta forma, não fica constatado deficiência ou incapacidade para a atividade laboral.*"

Assim, ausente os requisitos autorizadores da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença, conforme o disposto nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91.

A respeito do tema, cito os acórdãos:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. ISENÇÃO DE CARÊNCIA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.

- *A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante o auxílio-doença ao segurado que ficar temporariamente impossibilitado para a prática laborativa (art. 59, lei cit.).*

- *Laudo médico-pericial que atestou incapacidade total e temporária desde o ano de 2003.*

- *Doença que faz dispensar carência. Aplicação do art. 151 da Lei 8.213/91.*

- *Perda da qualidade de segurado, no entanto, uma vez que a última contribuição gerada para o regime geral de previdência remete-se ao ano de 1990.*

- *Improcedência do pedido inicial; sentença que se mantém.*

- *Apelação da parte autora improvida."*

(TRF 3ª Reg., AC nº 2004.61.20.005151-4/SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Fonseca Gonçalves, Oitava Turma, j. 14.04.2008, v. u., DJU 27.05.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE COMPROVADA. LAUDO MÉDICO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PRECEDENTES DO E. STJ. IMPROCEDENTE.

1. Para fins de obtenção dos benefícios de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, além da comprovação da existência da incapacidade para o trabalho, exige-se que o beneficiário ostente a qualidade de segurado, de acordo com o artigo 15 da Lei 8.213/91.

2. Termo inicial da incapacidade da parte autora, fixado em Laudo Médico, deu-se quando a mesma não mais detinha a qualidade de segurada do sistema.

3. Necessária a concomitância dos requisitos, incapacidade e qualidade de segurado, para fazer jus a qualquer dos benefícios pleiteados, nos termos dos artigos 42 e 59 da Lei n.º 8.213/91.

4. Precedentes do STJ.

5. Sentença mantida.

6. Apelação da autora improvida."

(TRF 3ª Reg., AC nº 2004.61.14.006553-8/SP, Rel. Desemb. Fed. Jedial Galvão, Décima Turma, j. 15.01.2008, v. u., DJU 13.02.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AGRAVO RETIDO. CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DA QUALIDADE DE SEGURADO E DA INCAPACIDADE.

1- A teor do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil, a apreciação do agravo retido deve ser expressamente requerida, o que não foi feito.
2- Não é devida a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-doença à parte Autora que, embora tenha comprovado a carência, não demonstrou a manutenção da qualidade de segurado e a incapacidade para o trabalho.
3- Hipótese em que a Requerente deixou de trabalhar pelo menos dez anos antes do requerimento, ocorrendo a perda do direito ao benefício.
4- As provas dos autos não conduzem à certeza de que a incapacidade da Autora remonta ao período em que estava exercendo atividade laborativa.
5- Laudo pericial que afirma a existência de incapacidade parcial e permanente para o trabalho.
6- Agravo retido não conhecido. Apelação da parte Autora improvida.
Sentença mantida."
(TRF 3ª Reg., AC nº 1999.61.09.005982-4/SP, Rel. Desemb. Fed. Santos Neves, Nona Turma, j. 12.11.2007, v. m., DJU 13.12.2007)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação do autor, mantendo a r. sentença.
Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.
Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00114 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037319-07.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037319-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : MARIA CONCEICAO LADEIA CARMANHAN
ADVOGADO : FABIO ALOISIO OKANO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 08.00.00210-2 1 Vr MORRO AGUDO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 11-11-2008 em face do INSS, citado em 13-02-2009, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 08-04-2010 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que estaria a prova testemunhal frágil a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido. Outrossim, requer a antecipação dos efeitos da tutela.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que estaria a prova testemunhal frágil a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a parte autora, nascida em 24-11-1932, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais.

A requerente juntou aos autos os seguintes documentos: certidão de seu casamento, celebrado em 19-07-1951, com Avelino Carmanhan, qualificado como comerciante, e o pai da autora, como lavrador, constando como domicílio desta a "Fazenda Lagoa" (fl. 10); certidão de óbito de seu marido, ocorrido em 04-08-1994, em que consta como sua

profissão a de aposentado (fl. 11); CTPS própria sem indicação de registros de trabalho (fl. 12/13); certidões de nascimento dos filhos do casal, quais sejam, Adelaide, nascida na "Fazenda Retiro", situada no município de Taiúva/SP, João Luiz, José Eduardo, Paulo, Maria Lucia e Antonio Carlos, nascidos na "Fazenda Santa Terezinha", localizada no município de Taiúva/SP, Leonor, Isabel, Carlos Alberto, Marcos Aurélio, Avelino e Rose Aparecida, nascidos na "Fazenda Sertãozinho", situada no município de Morro Agudo/SP, contendo nas fls. 16, 21/25 a qualificação do marido da autora como lavrador, certidões estas lavradas, respectivamente, em 19-05-1952, 02-09-1953, 08-03-1955, 05-10-1956, 22-01-1958, 10-04-1959, 01-10-1960, 05-11-1962, 23-03-1964, 09-05-1966, 20-07-1967, 19-10-1970 (fls. 14/25); termo de abertura de livro de registro de movimento de gado, com indicação da firma de seu cônjuge, estabelecida na Fazenda Sertãozinho, em Morro Agudo/SP, datada de 26-07-1985 (fls. 26/28).

Cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênha para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como "início de prova". O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

Por outro lado, a prova testemunhal colhida nos autos mostra-se frágil e em desconformidade com o alegado pela parte autora na inicial, **não servindo à comprovação, assim, do efetivo labor durante o lapso temporal exigido** nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica nos trechos dos depoimentos das fls. 57/58, aqui transcritos:

José Festucci Buselli (fl. 57): *"(...) A autora por toda a vida, cuidou da casa. Nunca a viu trabalhando na lavoura. Nunca soube que a autora trabalhou na lavoura."*

Joaquim Bueno de Camargo (fl. 58): *"(...) A autora ficou por conta da casa e dos filhos. O casal possui uma filha deficiente, na cadeira de rodas e, assim exigia maiores cuidados da mãe."*

Ressalte-se, ainda, que embora tenha esta última testemunha afirmado que a autora também cuidava "do quintal e dos animais em volta" da casa onde residia, citada alegação é deveras frágil, uma vez que não esclarece de fato se tal atividade referia-se ao trabalho na lavoura, além de ser conflitante com o teor de ambos depoimentos prestados como um todo.

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do cumprimento do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre o documento apresentado como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que a requerente sempre foi lavradeira, como afirmado na inicial.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, em face da fragilidade existente na prova testemunhal a corroborar a prova material, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00115 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037600-60.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.037600-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

APELANTE : ROSALINA RIZATI FUNARI (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : VERONICA GRECCO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCELO PASSAMANI MACHADO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00085-1 1 Vr MONTE ALTO/SP

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária que visava a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que a parte autora não logrou êxito em comprovar suas alegações de efetivo exercício de atividade rural pelo período aduzido. Condenada a requerente ao pagamento de custas e despesas processuais e de honorário advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observando-se o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim, o exercício de atividade rurícola pelo período correspondente ao vindicado, a teor do artigo 143 da Lei n. 8.213/91.

Não houve apresentação de contrarrazões de apelação (fl.112v).

Após breve relatório, passo a decidir.

A autora, nascida em 15.03.1947, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 15.03.2002, devendo comprovar 10 anos e 6 meses de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei 8.213/90 para a obtenção do benefício em epígrafe.

A jurisprudência do E. STJ já está firmada no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, embora a autora tenha acostado aos autos cópia de certidão de casamento, celebrado em 19.04.1966 (fl. 11) e de certificado de dispensa de incorporação (04.09.1968; fl. 12v) nas quais seu cônjuge fora qualificado como *lavrador*, não restou comprovado o seu labor rurícola.

Com efeito, a demandante não logrou comprovar o exercício de atividade rural no período anterior à data em que completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, pois embora exista referidos documento demonstrando que seu esposo era lavrador, estes são anteriores aos registros de trabalho urbano desempenhados por ele entre 1977 e 1998, conforme consta do extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS - acostado pelo réu à fl. 39, que descaracterizam a qualificação constante dos registros apresentados.

Desse modo, embora as testemunhas de fl. 47 e 48 tenham afiançado que conhecem a autora há, aproximadamente, há 40 anos e desde quando a requerente tinha 18 anos de idade, respectivamente e que ela sempre trabalhou no campo, tais depoimentos resultam fragilizados ante a ausência de início razoável de prova material quanto ao exercício de atividade agrícola.

Assim, considerando que a autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos em 2002 e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de prova material desse período.

Conclui-se, portanto, que, no caso dos autos, carece a autora de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando inviabilizada a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por idade.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, **declaro, de ofício, extinto o presente feito, sem resolução do mérito**, nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, **restando prejudicado o apelo da autora**. Não há condenação da requerente ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Decorrido "*in albis*" o prazo recursal, retornem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
SERGIO NASCIMENTO
Desembargador Federal Relator

00116 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039073-81.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039073-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO FERREIRA NETO

ADVOGADO : NORMA RAQUEL STRAGLIOTTO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DJALMA FELIX DE CARVALHO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00966-0 1 Vr MIRANDOPOLIS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença, julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e isentou o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, devido o benefício da justiça gratuita.

Em seu recurso, o autor requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar a autarquia previdenciária à concessão da aposentadoria rural por idade, vez que ocorreu a comprovação da atividade rural através de prova documental corroborada pela prova testemunhal.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na al. "a" do inc. I, na al. "g" do inc. V e nos incs. VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Despicienda discussão quanto ao atendimento do primeiro requisito, porquanto o documento acostado às fls. 11 comprova inequivocamente a idade do demandante, no caso, 60 (sessenta) anos, à época do ajuizamento da ação. Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 168 meses de labor rural.

Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

a) cópia da certidão de casamento, ocorrido na data de 18.07.70, na cidade de Bodoquena - MS, onde consta a sua profissão como sendo lavrador (fls.12);

b) cópia de título ratificatório expedido pelo INCRA, datado de 20.09.1983, em nome de seu genitor (fls.13);

c) cópias de CCIR - certificados de cadastro de imóvel rural, relativos aos anos de 2000 a 2005, em nome de seu genitor (fls.14/15);

d) cópia do termo de partilha do quinhão hereditário do autor, datado de 03.11.2005 (fls.16/17).

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por*

parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado, o obreiro que cessa sua atividade laboral, em consequência de moléstia; a prestação de labor urbano, intercalado com lides rurais, de per si, não desnatura o princípio de prova documental amealhado; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam preservados." (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).

No que se refere à documentação apresentada, certidão de casamento onde o autor está qualificado como lavrador, título de outorga de domínio de terras (INCRA), certificados de cadastro de imóvel rural e termo de transferência de quinhão de terras, pretendeu o autor produzir início de prova material de sua condição de trabalhador rural, que deverá ser corroborado de forma robusta e por período extensivo, pelas provas testemunhais.

Na espécie, pelo depoimento do autor às fls. 62, trazendo a conhecimento de que laborou nas terras rurais de seus genitores, nas quais manteve produção agrícola, bem como pelos depoimentos das testemunhas (fls.63/65vs.), que disseram que o autor trabalhava juntamente com seus familiares, induz a alegação de sua condição de rurícola em pequena propriedade, exercendo a atividade em regime de economia familiar, já que a experiência comum demonstra que a família proprietária ou possuidora de pequena área rural é quem explora diretamente a terra, garantindo o sustento.

As testemunhas depuseram de maneira genérica que conheceram o autor trabalhando no meio rural, entretanto não especificaram os respectivos períodos da alegada lida rural.

O art. 11, § 1º, da Lei n.º 8.213/91, dispõe que *"entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados"*.

Firmou-se jurisprudência nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA RURAL POR IDADE - ATIVIDADE RURÍCOLA EXERCIDA EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS URBANO E RURAL - LEI 8.213/91, ART. 11, VII, § 1º - IMPOSSIBILIDADE.

(...)

- Nos termos do art. 11, VII, § 1º, da Lei 8.213/91, para a configuração do regime de economia familiar exige-se que o trabalho seja indispensável à própria subsistência, exercido em condições de mútua dependência e colaboração, o que não se coaduna com outra atividade remunerada ou aposentadoria sob qualquer regime.- Recurso conhecido mas desprovido". (REsp 424.982/RS, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 03/02/2003)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA DE CARÁTER URBANO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. EXCLUSIVIDADE.

Para caracterização do regime de economia familiar, imprescindível à concessão de aposentadoria por idade de rurícola, exige-se que a atividade exercida "absorva toda força de trabalho" do obreiro (art. 1º, II, "b" do Decreto-lei nº 1.166/71) (...)" (REsp 265.705/RS, Sexta Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 05/02/2001).

Apesar da alegada lida rural em regime de economia familiar, verifico pelas provas orais esparsas e imprecisas, além de frágil início de prova material de sua condição de rurícola, não restar caracterizada a pretendida qualificação de trabalhador rural em regime de economia familiar, acrescidos ao fato de que às fls. 55, através das informações contidas no CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, ocorrem vínculos laborais urbanos no período de 1981 a 1991 (fls.55).

O conjunto das provas apresentadas não foi convincente, quanto a permitir aquilatar o desenvolvimento da alegada atividade rural, nas localidades mencionadas, ainda que de forma descontínua, pelo tempo da carência necessária da tabela do art. 142 da Lei 8213/91, *in casu*, de 14 anos.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.

2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo

admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei

3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.

5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastarem à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.

6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).

7. Recurso não conhecido."

(STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada e com base no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00117 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039750-14.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039750-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOSE ORIOLO DE ALMEIDA

ADVOGADO : HUGO ANDRADE COSSI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS GAMA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 10.00.00073-5 3 Vr MOGI GUACU/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOSE ORIOLO DE ALMEIDA em face de sentença proferida em ação de revisão de benefício previdenciário onde se objetiva o recálculo da renda mensal inicial com a inclusão de todos os 13º salários recebidos anteriormente ao deferimento do benefício, com o pagamento de diferenças devidas.

A r. sentença julgou improcedente a ação, nos termos do art. 269, I, do CPC, com fundamento, por analogia, na Súmula 340 do STJ, e em vista da decadência verificável de plano. Custas pelo autor, restando deferido o benefício da AJG.

Sem honorários ante a extinção prematura do feito.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, preliminarmente, a inoccorrência da decadência. No mérito, aduz que as gratificações natalinas deveriam ser consideradas para efeito de cálculo do salário de benefício por aplicação da lei vigente à época da concessão. Requer o provimento do presente apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Quanto a ocorrência da decadência do direito de rever o ato de concessão do benefício, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.1997, convertida na Lei nº 9.528/97, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor (v.g. Ag 1287376, Rel. Ministra Laurita Vaz, d. 28.04.2010, DJ 07.05.2010; Ag. 1282807, Rel. Ministro Jorge Mussi, d. 26.04.2010, DJ 04.05.2010; REsp 948518, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, d. 16.04.2010, DJ 27.04.2010; REsp 1177058, Rel. Ministro Felix Fischer, d. 09.02.2010, DJ 10.03.2010; AgRg no REsp 863325, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 30.10.2007, DJ 07.04.2008).

Na hipótese dos autos, o benefício foi concedido em 30.04.1996, antes da vigência da inovação mencionada e, portanto, não há falar em decadência do direito de revisão, mas, tão somente, da prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

No mérito, a insurgência do apelante não merece acolhida.

Com efeito, para os benefícios concedidos em data anterior à vigência da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, o décimo terceiro salário integrava o salário de contribuição, na competência de dezembro e, desse modo, influía na média aritmética do salário de benefício, consoante o disposto no art. 28, § 7º, da Lei nº 8.212/91 e art. 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, ambos em sua redação primitiva.

Com o advento da Lei nº 8.870/94, que alterou a redação do art. 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, o décimo terceiro continuou a integrar a base de cálculo do salário de contribuição do empregado na competência de dezembro, entretanto não mais integrou o cálculo da média aritmética do salário de benefício.

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

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. L. 8.870/94. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.

I - A partir da L. 8.870/94, o décimo terceiro salário ainda integra a base de cálculo do salário-de-contribuição do empregado na competência de dezembro; entretanto não mais integrou o cálculo da média aritmética do salário-de-benefício.

II - Remessa oficial e apelação providas."

(AC 1999.03.99.013471-9, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, Décima Turma, j. 29/11/2005, DJ 21/12/2005)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NO CÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ANTERIORMENTE À LEI Nº 8.870/94. CRITÉRIO DE CONVERSÃO DA RENDA MENSAL EM URV. PRESERVAÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO.

1. Para os benefícios concedidos em data anterior ao advento da Lei nº 8.870/94, o décimo-terceiro salário (gratificação natalina) deve ser considerado no salário-de-contribuição para fins de cálculo do salário-de-benefício e apuração da renda mensal inicial. Inteligência do art. 28, § 7º, da Lei nº 8.213/91 e do art. 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, ambos em sua redação primitiva.

2. O critério de conversão da renda mensal dos benefícios em URV, tal como determinado no art. 20 da Lei nº 8.880/94, preserva o valor do benefício e prestigia o princípio constitucional da irredutibilidade.

3. Apelação do autor parcialmente provida."

(AC 2001.03.99.057629-4, Rel. Des. Fed. Jediael Galvão, Décima Turma, j. 28/03/2006, DJ 26/04/2006)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - INCLUSÃO DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO NO CÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO - INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO - IPC DE 84,32% - DESCABIMENTO - IMPROCEDÊNCIA - RECÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE - LEI 8213/91 - APLICAÇÃO - APLICAÇÃO DO CRITÉRIO LEGAL - APELAÇÃO IMPROVIDA.

- O décimo terceiro salário incorporava-se à remuneração para fins de contribuição, por força do disposto no plano de custeio da previdência (Lei 8.212/91, parágrafo 7º, artigo 28), integrando o salário-de-contribuição, até a alteração superveniente ditada pela Lei 8.870/94.

- Caso em que, concedido o benefício em 04/01/93, sob a égide da Lei 8.212/91, todos os salários-de-contribuição utilizados pelo INSS no cálculo do benefício foram aqueles efetivamente declarados pela empresa empregadora, conforme se observa da "relação dos salários de contribuição", não havendo nos autos qualquer prova de que os valores recolhidos a título de gratificação natalina tenham sido desconsiderados.

- A partir da edição da Lei 8.213/91 e legislação subsequente, a Autarquia deve observar, na atualização dos salários de contribuição que irão compor o benefício, a variação do INPC e legislação subsequente, excluindo-se os índices de inflação expurgados.

- Não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Apelação improvida".

(AC 1999.03.99.105083-0, Rel. Des. Fed. Eva Regina, Sétima Turma, j. 20/09/2004, DJ 18/11/2004)

No mesmo sentido, v.g, AC 2008.03.99.045459-6, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª T, d. 07.11.2008, DJ, 09.12.2008; AC 2008.03.99.047752-3, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª T., d. 07.11.2008, DJ, 09.12.2008; AC 2005.61.83.004673-1, Rel. Juiz Conv. Leonel Ferreira, 9ª T., d. 30.01.2009, DJ 27.02.2009; REOAC 2004.03.99.025226-0, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, 10ª T., j. 28.03.2006, DJ 26.04.2006; AC 2001.03.99.025570-2, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, 10ª T., j. 08.11.2005, DJ 23.11.2005.

No presente caso, considerando que o autor percebe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição concedido em 30.04.1996 (fls. 21), resta evidente que na composição de seu período de base de cálculo não serão consideradas as gratificações natalinas do período, consoante o disposto no art. 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, em sua nova redação dada pela Lei nº 8.870/94, ante a aplicação da legislação vigente à época da concessão do benefício.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00118 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041198-22.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.041198-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : NAIR CUNHA DE MORAES

ADVOGADO : FABIANO LAINO ALVARES

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : EMERSON RICARDO ROSSETTO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00166-1 1 Vr PIRAJU/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por NAIR CUNHA DE MORAES, em face de sentença que julgou improcedente ação objetivando aposentadoria por idade rurícola.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, deixando de condenar a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, contar com mais de 66 anos de idade e haver comprovado o exercício da atividade rural pelo prazo de carência necessário à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Aduz, ainda, ter laborado em atividade urbana por pequeno período e que até a presente data desenvolve atividade rural. Requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos presentes autos diz respeito à comprovação do tempo de atividade rural, para o fim de propiciar a concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural.

A concessão de aposentadoria por idade rural depende do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 48 e 143 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o implemento da idade - 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, - e a comprovação do tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício, consoante prescrito no art. 142 do mesmo diploma legal.

Nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não basta a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rurícola, com o fim de obtenção de benefício previdenciário. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

No caso em exame, a autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 17 de julho de 1993 (fls. 07), devendo, assim, comprovar 66 (sessenta e seis) meses de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para obtenção do benefício.

Entretanto, da análise do conjunto probatório, verifica-se que a autora não logrou demonstrar o exercício de atividade rural em regime de economia familiar.

Com efeito, a parte autora carrou aos autos somente cópia da certidão de seu casamento, contraído em 24.07.1954, onde consta a profissão do marido como lavrador (fls. 08).

Por outro lado, o INSS juntou aos autos consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS em nome do marido da autora, onde consta registro de trabalho urbano na empresa Romar & Filhos Ltda., no período de 10.05.1977 a 29.11.1980 (fls. 45), bem como o extrato da pensão por morte de comerciário concedida à autora desde 20.07.1985 (fls. 37), desqualificando, assim, a anotação quanto à profissão de lavrador consignada na certidão de casamento da requerente, contraído no ano de 1954.

Ressalte-se que a própria autora exerceu atividade urbana no período posterior ao casamento, no Instituto de Ensino Superior Senador Flaquer de Santo André Ltda., de 01.04.1977 a 20.05.1978 e de 01.12.1984 a 27.05.1985, conforme consta do extrato de consulta ao CNIS, carreado às fls. 38/39.

Assim, o documento de registro civil apresentado pela parte autora, o qual qualifica seu marido como lavrador, não se mostra apto ao início de prova material da alegada atividade rural por ela exercida.

Ademais, como bem apontou a r. sentença:

"Ainda que as testemunhas ouvidas em audiência tenham afirmado saber que a Autora trabalha como bóia-fria, nenhuma delas foi suficientemente precisa a indicar que convivia com a Autora e acompanhou a trajetória dela, ainda que de longe, como trabalhadora rural. Ambas sequer chegaram a conhecer o marido da Autora, falecido em 1985, de forma que seus depoimentos não têm força suficiente para comprovar a versão sustentada por ela ao longo da presente ação.

Assim, na presente ação, está claro que o conjunto probatório não foi hábil a comprovar as alegações iniciais, pois não há prova segura de que a Autora realmente tenha laborado como rurícola em todo o período alegado na inicial, condição essencial e primeira para a concessão do benefício de aposentadoria por idade."

Dessa forma, mostra-se inaplicável *in casu* a jurisprudência no sentido de que o exercício de atividade urbana do cônjuge não descaracteriza a qualidade de segurada especial da esposa.

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

"EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. SUPERVENIENTE ATIVIDADE URBANA EXERCIDA PELO CÔNJUGE. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRECEDENTES.

1. O exercício posterior de atividade urbana pelo cônjuge da autora afasta o início de prova material do exercício de atividade rural no período exigido por lei, para fins de reconhecimento do direito à aposentadoria por idade rural. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1088756, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 13.10.2009, DJ 03.11.2009)

"EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. CÔNJUGE DA AUTORA APOSENTADO EM ATIVIDADE URBANA. CONDIÇÃO DE SEGURADA ESPECIAL DA AUTORA NÃO DEMONSTRADA EM VIRTUDE DE SUA INSCRIÇÃO COMO CONTRIBUINTE AUTÔNOMA NO PERÍODO DE CARÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE INDEVIDA.

1. Os documentos de registro civil apresentados pela parte autora, os quais qualificam como lavrador o seu cônjuge, não servem como início de prova material em virtude da aposentadoria urbana deste. Precedente: AgRg no REsp 947.379/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 26.11.2007.

2. A jurisprudência desta Corte no sentido de que o exercício de atividade urbana por parte do cônjuge varão não descaracteriza a qualidade de "segurada especial" da mulher, no caso concreto, mostra-se inaplicável.

3. O Tribunal de origem asseverou inexistir "prova que possibilite reconhecer, ter a autora realizado trabalho rural no período imediatamente anterior à data do requerimento (ou do pedido judicial)", como dispõe o artigo 143 da Lei nº 8.213/1991.

4. Afirmação de inscrição da autora junto à Previdência Social como contribuinte individual no período de carência e conclusão pela imprestabilidade dos depoimentos das testemunhas são circunstâncias que inviabilizam a concessão do benefício rural pleiteado.

5. O Decreto nº 3.048/1999, artigo 9º, § 8º, I, com as ressalvas nele contidas, exclui da condição de segurado especial "o membro do grupo familiar que possui outra fonte de rendimento".

6. Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1048320, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19.06.2008, DJ 04.08.2008)

"EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. CERTIDÃO DE CASAMENTO, QUALIFICANDO O CÔNJUGE COMO RURÍCOLA. EXERCÍCIO POSTERIOR DE ATIVIDADE URBANA E APOSENTADORIA NESSA CONDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

1. Para fins previdenciários, embora seja admissível a comprovação de atividade rural mediante a qualificação de lavrador do marido na certidão de casamento, é inaceitável a utilização desse documento como início de prova material quando se constata, como no caso em apreço, que o cônjuge, apontado como rurícola, vem a exercer posteriormente atividade urbana aposentando-se, inclusive, nessa condição.

2. Ausente a comprovação da alegada condição de rurícola por meio de início de prova material, não há como conceder o benefício de aposentadoria por invalidez, sob pena de violação ao art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 947379/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 25.10.2007, DJ 26.11.2007)

Assim, não restou comprovado o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício pleiteado, em especial o exercício de atividade rural em regime de economia familiar, pelo que merece ser mantida a sentença recorrida.

Não há condenação da parte autora aos ônus de sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante o exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora, nos termos acima consignados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora

00119 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041303-96.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.041303-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : MARIA JOSE DE LIMA CASTILHO
ADVOGADO : ANA CRISTINA CROTI BOER
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : MARIA CAMILA COSTA DE PAIVA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
CODINOME : MARIA JOSE DE LIMA CASTILHO PEREIRA
No. ORIG. : 09.00.00041-7 1 Vr MONTE ALTO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, observado o art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar o INSS à concessão da aposentadoria rural por idade, pois demonstrou através das provas documentais corroborados com as orais, a condição de trabalhadora rural.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na alínea "a" do inc. I, na alínea "g" do inc. V e nos incisos VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado (...)" (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).*

Nem sempre a prova do exercício da atividade rural tem que ver com o período imediatamente anterior ao requerimento de aposentadoria por idade; nada impede o segurado de exercer o direito em momento posterior ao preenchimento dos requisitos à concessão do benefício, nesse caso, o direito adquirido prevalece.

Dessarte, a regra existe para facilitar o segurado, ou se prevalecerá da comprovação do exercício da atividade rural, no período imediatamente anterior ao requerimento, ou de período mais remoto, de prova mais trabalhosa, suscetível, porém, de mostrar que já se achava satisfeito o requisito quando atingida a idade para aposentar-se.

É de natureza descontínua a atividade rural, por isso mesmo outra qualquer atividade exercida pelo segurado em épocas de falta de colocação de mão-de-obra não desnatura a pretensão de exigir a concessão do benefício; nem, aliás, o exercício paralelo a descaracteriza, se compatíveis.

No caso examinado, é despidianda a discussão quanto ao atendimento do requisito etário, porquanto o documento acostado às fls.10, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 156 meses de labor rural.

Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher, a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- cópia da CTPS, emitida em 11.08.90, onde constam registros laborais em atividade rural nos períodos de 10.05.93 a 02.08.93 e 06.06.94 a 23.11.94 (fls. 14/19).

Anoto que a autora ao apresentar a sua CTPS, na qual constam registros de trabalhos rurais exercidos, produziu início de prova material que deverá ser corroborada por robusta prova testemunhal.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

As testemunhas depuseram de maneira genérica que conheceram a autora trabalhando no meio rural (fls.53; 82/83): a testemunha Benedita Vicente Garcia, disse que conhece a autora há 15 anos, (período de 1994 a 2009), e disse que trabalharam juntas por 12 anos como diaristas. Entretanto, verifico no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, às fls. 104 destes autos, que a autora exerceu nesse período, atividades laborais predominantemente urbanos. Já a testemunha, Ignez de Martins Silva, disse que conhece a autora desde a tenra idade e durante toda a sua vida ela trabalhou na roça, mas não especificou o período, ou períodos, da alegada lida rural. A testemunha, Jose de Souza, disse que conhece a autora desde 1970, trabalharam na roça por 9 anos e depois tem conhecimento de que ela trabalhou por mais 4, em atividade rurícola, sem efetuar correlação de datas com as localidades de desempenho dessas atividades.

Nesse contexto, os depoimentos testemunhais analisados conjuntamente com o início de prova material, não revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola e, assim, comprovar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos, consoante tabela contida no art. 142, da Lei n. 8.213/91, não fazendo jus ao benefício pleiteado.

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

Expediente Nro 7194/2010

00001 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0006359-80.2001.4.03.6120/SP

2001.61.20.006359-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
PARTE AUTORA : LUIS ANTONIO ALVES
ADVOGADO : MARIA LUCIA CONDE PRISCO DOS SANTOS e outro
PARTE RÉ : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ANTONIO ALEXANDRE FERRASSINI
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARARAQUARA - 20ª SSJ - SP

DECISÃO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar, impetrado por Luis Antonio Alves em face de ato praticado pelo Gerente da Caixa Econômica Federal - Agência Central de Araraquara/SP, objetivando compelir a autoridade impetrada a proceder ao pagamento das 05 (cinco) parcelas do seguro-desemprego, em decorrência da rescisão, sem justa causa, de seu contrato de trabalho com a Cia. Paulista de Força e Luz.

O pedido de liminar foi deferido para determinar a imediata liberação de todas as parcelas do seguro-desemprego a que a parte impetrante faz jus.

Devidamente processado, sobreveio sentença, que julgou procedente o pedido, concedendo a segurança para determinar, em definitivo, a liberação de todas as parcelas do seguro-desemprego a que faz jus a parte impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula nº 105 do STJ. Custas na forma da lei. Foi determinado o reexame necessário.

Sem recurso voluntário, subiram os autos para este Tribunal para o reexame necessário.

Nesta Corte, o órgão do Ministério Público Federal opina pela reforma da r. sentença.

É o breve relato.

Decido.

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: "*Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontestável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão da parte impetrante impõe aqui a análise do mérito.

A Constituição Federal de 1988, no inciso II do artigo 7º e no inciso III do artigo 201, prevê expressamente garantias ao trabalhador em situação de desemprego:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social
I - omissis

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.

Art. 201 - A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro a atuarial, nos termos da lei, a:

I - omissis

II - omissis

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

(...)

Nesse contexto, posteriormente a Lei nº 7.998/90 regulamentou o Programa do Seguro-Desemprego prevendo no seu artigo 2º, com a redação dada pela Lei 8.900/94, vigente à época da rescisão, a assistência financeira ao trabalhador demitido sem justa causa:

Art. 2º - O Programa de Seguro-Desemprego tem por finalidade:

I - prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta;

Dessa forma, conclui-se que a desemprego involuntário é condição essencial para a concessão da benesse prevista constitucionalmente, devendo ser comprovada documentalmente, não se cogitando da concessão nos casos em que a demissão determinada pelo empregador não restar evidenciada.

Assim, no caso dos autos, verifico que o documento constante na fl. 13 é hábil a comprovar a dispensa sem justa causa, como motivo do desligamento, não havendo que se falar em adesão a eventual Plano de Demissão Voluntária, uma vez que, compulsando detidamente os documentos constantes dos autos, não há qualquer indicação de que houve burla ao programa legal.

Frise-se, por oportuno, que a CEF somente operacionaliza a transferência dos recursos, recebendo os valores homologados e liberados pelo Ministério do Trabalho e suas competentes delegacias, repassando-os aos segurados, não havendo que questionar do implemento dos requisitos indispensáveis à concessão do seguro-desemprego, já analisado pelo órgão competente.

Isto posto, nos termos do disposto no *caput* do art. 557 do CPC, **nego seguimento à remessa oficial.**

Custas na forma da lei.

Sem condenação em honorários advocatícios, a teor das Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ.

Oficie-se a autoridade impetrada, encaminhando-se cópia da presente decisão.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal da presente decisão.

Decorridos os prazos recursais, devolvam-se os autos à vara de origem, com baixa na distribuição.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00002 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0017260-22.2010.4.03.0000/SP

2010.03.00.017260-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO

AGRAVANTE : Uniao Federal

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
AGRAVADO : VALDECI GARCIA
ADVOGADO : JOSE IREMAR SALVIANO DE MACEDO FILHO e outro
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 19 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00108308720104036100 19 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO
Vistos.

Insurge-se a agravante contra a decisão judicial proferida nos autos da ação mandamental que objetiva viabilizar o cumprimento das sentenças arbitrais proferidas pelo impetrante, para o pagamento das parcelas do seguro-desemprego, em que o d. Juiz *a quo* deferiu o pedido de liminar.

À fl. 106/107, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

A União Federal interpôs agravo regimental à fl. 116/121.

Não houve apresentação de contraminuta.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fl. 123/126).

Ocorre que, em consulta ao extrato de movimentação processual obtido no *site* da Justiça Federal de São Paulo, em anexo, verifica-se que foi prolatada sentença nos autos da ação principal pela qual foi concedida a segurança pleiteada.

Tendo em vista que o presente Agravo de Instrumento foi interposto contra decisão pertinente ao deferimento do provimento antecipado, tem-se que o recurso perdeu seu objeto, motivo pelo qual julgo-o prejudicado, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, e artigo 33, XII, do Regimento Interno desta Corte.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado".

(TRF 3ª Região, AG nº 2000.03.00.049815-2/SP, 2ª Turma, Rel. Juíza Raquel Perrini, v.u., j. 16.9.2002, DJ 6.12.2002, p. 511).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DE TUTELA. JULGAMENTO DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO. RECURSO PREJUDICADO.

I - Agravo prejudicado pelo julgamento de mérito da ação e da apelação da sentença.

II - Perda de objeto.

III - Recurso Prejudicado.

(TRF 3ª Região, AG nº 97.03.008437-0/SP, 2ª Turma, Rel. Juíza Marianina Galante, v.u., j. 27.5.2002, DJU 6.12.2002, p. 466).

Diante do exposto, **julgo prejudicado o agravo de instrumento da União Federal, bem como seu agravo regimental**, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, e artigo 33, XII, do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, encaminhem-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 26 de outubro de 2010.

SERGIO NASCIMENTO

Desembargador Federal Relator

00003 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0031955-78.2010.4.03.0000/SP
2010.03.00.031955-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
AGRAVANTE : SHIRLEY RODRIGUES DOS SANTOS e outros. e outros
ADVOGADO : NELSON GARCIA TITOS
AGRAVADO : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM e outro
No. ORIG. : 00013768820074036100 10 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do Juízo Federal da 10ª Vara Cível de São Paulo/SP, que, em ação ordinária onde se objetiva a complementação de pensões de ex-ferroviários da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, em fase de execução, declarou a incompetência absoluta do Juízo Federal, determinando o retorno dos autos ao Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, ao fundamento de que a Justiça Federal não tem competência para julgar as demandas que versem sobre a complementação de aposentadoria ou pensão de ex-ferroviários ou dependentes da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, mesmo após a edição da Lei Federal nº 11.483/2007.

Aduzem as agravantes que a extinta FEPASA, em face de quem foi ajuizada a ação há mais de doze anos, foi posteriormente incorporada pela também já extinta RFFSA, que por sua vez veio a ser sucedida pela União Federal. Alegam, em síntese, que, face ao disposto no art. 2º, da Lei nº 11.483/2007, as obrigações pertinentes à Rede Ferroviária Federal S/A, inclusive nas ações judiciais em andamento, passaram a ser da União, na qualidade de sucessora daquela extinta empresa, sendo portanto patente a legitimidade passiva de ambas e a competência da Justiça Federal para dar prosseguimento à execução.

Requerem a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, o seu provimento, para que seja reformada a decisão agravada, determinando o regular prosseguimento da execução no Juízo Federal da 10ª Vara Cível de São Paulo.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

No caso em tela, a ação foi ajuizada contra a Ferrovia Paulista S/A - FEPASA em maio de 1998 na Justiça Estadual, perante a 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo/SP, por pensionistas de ex-funcionários daquela empresa com vistas à complementação dos seus proventos (fls. 138/155).

Julgada improcedente a demanda pelo Juízo Estadual, os autores interpuseram apelação, à qual foi dado provimento pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em 03.09.2001, reformando-se a sentença recorrida (fls. 282/286).

Na fase de conhecimento, deu-se a sucessão da FEPASA pela Rede Ferroviária Federal - RFFSA, que a incorporou, conforme o disposto no Decreto nº 2.502, de 18.02.1998, e, tendo sido citada, passou a figurar no pólo passivo da ação (fls. 220/248).

Com a edição da Lei nº 11.483, de 31.05.2007, a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA foi sucedida pela União Federal, nas ações em que aquela figura como autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada (art. 2º).

O C. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, com a extinção da RFFSA e a sua sucessão pela União Federal, ocorreu o deslocamento da competência para a Justiça Federal nas ações em que a extinta empresa fosse parte, mesmo estando o processo em fase de execução do julgado. Excepciona-se a lei processual em homenagem ao artigo 109, I, da Constituição Federal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes daquela E. Corte:

"DECISÃO

Conflito de competência em que são partes o Juízo de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública do Estado de São Paulo, suscitante, e o Juízo Federal da 4ª Vara Previdenciária da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e o Juízo Federal da 2ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo, suscitados, que se declaram incompetentes para julgar execução de título judicial proferido nos autos de ação ordinária ajuizada por Antônio Cruz Molina contra a Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, visando à revisão dos seus proventos de aposentadoria.

A ação foi ajuizada originariamente perante a Justiça Comum Estadual, havendo o Juízo de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública do Estado de São Paulo declinado da competência para a Justiça Federal em sede de execução, em razão do oferecimento de embargos de terceiro pela União.

Remetidos os autos, o Juízo Federal Substituto da 2ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo declinou de sua competência para o Juízo Federal da 4ª Vara Previdenciária da Seção Judiciária do Estado de São Paulo que, por sua vez, determinou o retorno dos autos ao Juízo de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública do Estado de São Paulo, que suscitou o presente conflito de competência.

O Ministério Público Federal se manifestou pela competência da Justiça Federal em parecer assim sumariado:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA, JUÍZO ESTADUAL. JUÍZO FEDERAL. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. 1. O art. 575, II, do CPC estabelece o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição como competente para processar e julgar a execução

fundada em título judicial. No entanto, a intervenção da União no feito executivo, como sucessora da extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A), determina o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, I, CF/88).

2 - *Parecer pelo conhecimento do conflito, para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.*" (fl. 140).

Tudo visto e examinado, decido.

Cuidam-se de embargos à execução interpostos nos autos da ação ordinária ajuizada por Antônio Cruz Molina contra a Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, empresa pública do Estado de São Paulo, que foi extinta ao ser incorporada, em 1988, à Rede Ferroviária Federal, sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta Federal que, por sua vez, também foi oficialmente extinta por força da MP nº 353, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei Federal nº 11.483, de 31 de maio de 2007, cujo artigo 2º, inciso I, assim dispõe:

"Art. 2º A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do caput do art. 17 desta Lei;"

Dessa forma, a Rede Ferroviária Federal S/A foi sucedida pela União nas ações em que a empresa fosse autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, o que faz atrair a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"

E tal modificação alcança os feitos em curso, ainda que o processo esteja em fase de execução de sentença proferida na Justiça Estadual, por se tratar de alteração de regra de competência absoluta, racione personae, que constitui exceção ao princípio da perpetuatio jurisdictionis, nos termos do artigo 87 do Código de Processo Civil:

"Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia." (nossos os grifos).

Não é outro o teor do enunciado nº 365, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

"A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual." (Súmula 365, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2008, DJe 26/11/2008)

Neste sentido, colhem-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E FEDERAL. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL. RFFSA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA SUCESSÃO DA EMPRESA ESTATAL PELA UNIÃO. SÚMULA 365 STJ.

1. A competência da Justiça Federal é prevista no art. 109, I, da Carta Magna de 1988, que assim dispõe: Aos juízes federais compete processar e julgar: as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

2. In casu, diante do caráter da sucessão legal ocorrida da RFFSA pela União, inarredável o deslocamento da competência do feito para a Justiça Federal, ainda que em fase executória. Precedentes deste Colendo Superior Tribunal de Justiça: CC 75897 / RJ Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 27/02/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 17/03/2008; CC Nº 95.256 - RJ (2008/0082798-7) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA 26/8/2008; EDcl no CC 90856 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 11/02/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 05/03/2009; CC 75894 / RJ Relator(a) MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (8135) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 26/03/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 05/05/2008.

3. Inteligência da Súmula 365 do STJ: " A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo Estadual"

4. Conflito conhecido para fixar a competência da Justiça Federal." (CC 107.1783/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 10/03/2010)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL - RFFSA. UNIÃO. SUCESSORA NOS DIREITOS, OBRIGAÇÕES E AÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE SEGUNDO GRAU.

1. Debate-se acerca da competência para processar e julgar ação rescisória por meio da qual se busca desconstituir acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos de ação ordinária que tinha como parte ré a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, atualmente extinta por força da Lei 11.483, de 31.05.07 (conversão da Medida Provisória 353, de 22.01.07), e que foi sucedida nos direitos, obrigações e ação judiciais pela União (Lei 11.483/07, art. 2º, I).

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 106.819-DF, Relator o eminente Ministro Sydney Sanches (DJ de 10.04.87), sob a égide da Constituição anterior, entendeu ser o Tribunal Federal de Recursos competente para julgar ação proposta pela União, visando, como terceira prejudicada, a rescisão de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

3. O foro legalmente previsto para ação rescisória - o da Justiça Estadual em que foi proferido o julgado rescindendo - cede sua competência ao foro privilegiado - da Justiça Federal -, surgido posteriormente em razão de a União ter sucedido a RFFSA na relação processual.

4. O Tribunal Estadual perde a jurisdição, pois, consoante norma de competência prevista constitucionalmente, compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, excetuadas hipóteses específicas, não aplicáveis na hipótese (CF/88, art. 109, I). Como consequência lógica, a competência passa ao Tribunal Regional Federal por ser hierarquicamente superior.

5. Precedentes, na mesma linha, da Segunda Turma desta Corte de Justiça.

6. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o suscitante." (CC 108.030/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 18/03/2010)

"PROCESSO CIVIL. SUCESSÃO DA UNIÃO FEDERAL NOS DIREITOS, OBRIGAÇÕES E AÇÕES JUDICIAIS EM QUE A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A SEJA AUTORA, RÉ, ASSISTENTE, OPOENTE OU TERCEIRA INTERESSADA. Sucedendo a Rede Ferroviária Federal S/A nas "ações em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada" (Lei nº 11.483/07, art. 2º), a União Federal atrai a competência da Justiça Federal, ainda que o processo esteja em fase de execução de sentença e que esta tenha sido proferida por Juiz de Direito. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de São José dos Campos, SP." (CC 83281/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 287).

Pelo exposto, com fundamento no artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitado." (CC 112272/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, d.27.08.2010, DJ 02/09/2010)

"DECISÃO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo - SP em oposição ao Juízo Federal da 4ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos autos da ação ordinária, em fase de execução, proposta por Júlia Gago Bosco e Outros contra a FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, pleiteando a complementação de pensões, nos termos das Leis Estaduais nºs 4.819/58 e 10.410/71.

Na fase de execução do julgado, a Justiça Comum determinou a remessa dos autos à Justiça Federal, ao entendimento de que cessada estava a sua competência para o processamento do feito, com a conversão da Medida Provisória nº 353/2007 na Lei nº 11.483/07, que instituiu a União como sucessora da Rede Ferroviária Federal - RFFSA, incorporadora da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A (fl. 83).

Em sede de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, nos termos do acórdão que ostenta a seguinte ementa:

Processo de execução. Extinção da RFFSA. Sucessão pela União.

1. Com a intervenção da União no presente recurso, manifestando seu interesse em assumir a parte passiva da relação processual satisfativa, define-se causa de deslocamento da competência para a Justiça Federal nos termos do art. 109, I, da CF.

Agravo improvido. (Fl. 87)

Ao receber os autos, o Juízo Federal declinou de sua competência, sob alegação de que a execução do título judicial compete ao juízo que prolatou a decisão em primeiro grau de jurisdição (fls. 95/96).

O Juízo Estadual, por sua vez, declinou de sua competência e suscitou o presente conflito (fl. 99).

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Antônio Fonseca, manifestou-se pela declaração de competência da Justiça Federal (fls. 115/118).

É o relatório.

Decido.

Na hipótese em apreço, as autoras, viúvas-pensionistas de ferroviários aposentados da FEPASA, pleiteiam o recebimento da diferença de 20% a maior, entre o valor das pensões que perceberam por morte dos respectivos instituidores do benefício e o valor da totalidade dos proventos a eles conferidos.

Nesse contexto, em que a União interveio no processo executivo, como sucessora processual da extinta RFFSA - Rede Ferroviária Federal

S/A, incorporadora da também extinta FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, afigura-se incontroverso o interesse da União no presente caso, devendo, portanto, a competência ser deslocada para a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição da República).

Ademais, aplicável, à espécie, o enunciado da Súmula nº 365 desta Corte Superior:

A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA CONTRA A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. INTERVENÇÃO DA UNIÃO COMO SUCESSORA DA EXECUTADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Subsiste a legitimidade da União como substituta processual da Rede Ferroviária Federal S/A nas ações judiciais em que esta for parte, tendo em vista que com o advento da Medida Provisória nº 353/2007, convertida na Lei nº

11.483/2007, foi encerrada a liquidação da referida sociedade de economia mista, transferindo-se à União (Departamento de Infra-Estrutura de Transportes-DNIT) seus bens operacionais.

2. Com a participação da União no processo, como sucessora legal da executada, a competência para a causa é da Justiça Federal.

Precedente.

3. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Angra dos Reis - RJ, o suscitante. (CC 75.894/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS - JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2008, DJe 05/05/2008; sem grifos no original.)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA A EXTINTA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. - RFFSA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, NA QUALIDADE DE SUCESSORA DA EXECUTADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Por força do art. 1º da Lei 11.483/2007 (conversão da Medida Provisória 353/2007), foi "encerrado o processo de liquidação e extinta a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA". De acordo com o art. 2º, I, "a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada", ressalvadas as demandas de natureza trabalhista.

2. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que a competência da Justiça Federal tem como critério definidor, em regra, a natureza das pessoas envolvidas no processo, de modo que a ela cabe processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho" (art. 109, I, da CF/88).

3. Assim, considerando a legitimidade da União para atuar no presente feito, porquanto sucessora processual da extinta RFFSA, é imperioso concluir que a hipótese amolda-se na esfera de competência da Justiça Federal. Nesse sentido: CC 75.900/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.8.2007; CC 54.762/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 9.4.2007.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ANGRA DOS REIS- SJ/RJ, o suscitante.

(CC 75.897/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 17/03/2008; sem grifos no original.)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL - ART. 575, II, DO CPC - INTERVENÇÃO DA UNIÃO NO FEITO - DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

1. Estatui o art. 575, II, do CPC a competência para conhecer de execução fundada em título judicial é do Juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

2. Todavia, depreende-se que a intervenção da União no feito executivo, como sucessora processual da extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A), enseja o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição da República).

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara e Juizado Especial Previdenciário de Santo Ângelo - SJ/RS, o suscitante.

(CC 54762/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2007, DJ 09/04/2007 p. 219; sem grifos no original.)

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro a competência do Juízo Federal da 4ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, o suscitado."

(CC 108500/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, d. 10.02.2010, DJ 18/02/2010)

"PROCESSO CIVIL. SUCESSÃO DA UNIÃO FEDERAL NOS DIREITOS, OBRIGAÇÕES E AÇÕES JUDICIAIS EM QUE A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A SEJA AUTORA, RÉ, ASSISTENTE, OPOENTE OU TERCEIRA INTERESSADA.

Sucedendo a Rede Ferroviária Federal S/A nas "ações em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada" (Lei nº 11.483/07, art. 2º), a União Federal atrai a competência da Justiça Federal, ainda que o processo esteja em fase de execução de sentença e que esta tenha sido proferida por Juiz de Direito. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de São José dos Campos, SP."

(CC 83281/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, j. 14.11.2007, DJ 10.12.2007).

"(...) Sustenta a postulante que a Medida Provisória n. 353, de 22.1.2007, ao prescrever o encerramento do processo de liquidação e extinção da RFFSA, determinou a sucessão, pela União, nos direitos, obrigações e ações judiciais em que aquela seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada (art. 2º, inciso I).

Vê-se, assim, que se revela suscetível de reconsideração o ato decisório de fl. 42, pois - tal como acentuado - com a edição da MP n. 353/2007, que, após ter sido prorrogada por sessenta dias, converteu-se na Lei n. 11.483, de 31.5.2007, patenteou o afastamento de qualquer dúvida sobre o necessário ingresso da União na lide retratada nos autos.

Nesse contexto, presentes os princípios da celeridade e economia processuais, passo à análise do conflito, cujo deslinde não está a merecer maiores digressões.

A competência da Justiça Federal é definida na esfera constitucional em razão das pessoas juridicamente interessadas na relação processual, na condição de autor, réu, assistente ou oponente, de acordo com o disposto no art. 109, inciso I,

da Constituição de 1988. Destarte, tratando-se de competência "ratione personae", portanto, de caráter absoluto, remanesce incontestado que, na espécie, a demanda há que ser dirimida pelo Juízo federal, em conformidade com profusa e pacífica jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com fulcro no art. 120, parágrafo único, do CPC, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 3ª Vara e Juizado Especial de Santo Ângelo - SJ/RS, ora suscitante."

(PETREQ no CC 055071/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, d. 01.08.2007, DJ 14.08.2007).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL - ART. 575, II, DO CPC - INTERVENÇÃO DA UNIÃO NO FEITO - DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

1. Estatui o art. 575, II, do CPC que a competência para conhecer de execução fundada em título judicial é do Juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

2. Todavia, depreende-se que a intervenção da União no feito executivo, como sucessora processual da extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A), enseja o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição da República).

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara e Juizado Especial Previdenciário de Santo Ângelo - SJ/RS, o suscitante."

(CC 54762/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 14.03.2007, DJ 09.04.2007)

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **dou provimento** ao presente recurso, para determinar o prosseguimento da ação no Juízo Federal da 10ª Vara Cível de São Paulo/SP.

Observadas as formalidades legais, baixem os autos.

Comunique-se. Intime-se.

São Paulo, 04 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

Expediente Nro 7317/2010

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0200830-04.1988.4.03.6104/SP

93.03.012733-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : JORGE DA SILVA PASSOS

ADVOGADO : FLAVIO SANINO

SUCEDIDO : TEREZA SEVERO DA SILVA espolio

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ALVARO MICHELUCCI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 88.02.00830-2 3 Vr SANTOS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou extinta a execução, nos termos do Art. 794, I do CPC.

Alega o recorrente, em síntese, que há saldo remanescente relativo a não incidência de juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo e a data da expedição do ofício requisitório.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Observo que, não se reconhece a incidência de juros de mora nos períodos compreendidos entre a data do cálculo e a data de expedição do ofício precatório e desta para a data do efetivo pagamento, conforme entendimento consolidado no Egrégio Supremo Tribunal Federal. É o que se vê nos julgamentos que a seguir se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA. 2. Não-incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e a data de expedição do ofício precatório, desde que se observe o que preceitua o disposto no artigo 100, § 1º, da Constituição do Brasil. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR em RE 561800; Rel. Ministro Eros Grau; DJ de 01.02.2008)

CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. C.F., ART. 100, § 1.º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 305186 / SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.10.2002).

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação, nos termos do Art. 557, *caput*, do CPC.
Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0071758-64.1998.4.03.9999/SP
98.03.071758-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : APARECIDA XAVIER DE MACEDO DA SILVA PINTO e outros
ADVOGADO : MARIO LUIS FRAGA NETTO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SERGIO HENRIQUE ASSAF GUERRA
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE TAQUARITUBA SP
No. ORIG. : 97.00.00100-9 1 Vr TAQUARITUBA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação condenatória ajuizada, em 11/07/1997, em face do INSS, citado em 27/08/1997, objetivando a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, a partir da data de sua propositura.

A r. sentença, proferida em 28/02/2005, julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora preencheria os requisitos necessários para a concessão do benefício, fixando o termo inicial na data da citação, sendo as parcelas em atraso corrigidas monetariamente, nos termos da Lei nº 8.213/91, e acrescidas de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a contar do termo inicial do benefício. Fixou os honorários do médico perito e da assistente social nos termos da tabela da Justiça Federal da 3ª Região. Condenou o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação. Determinou a remessa *ex officio*.

Irresignada, a Autarquia interpôs apelação. Preliminarmente, alegou falta de interesse de agir, tendo-se em vista a ausência de pedido administrativo. No mérito, aduziu que a parte autora não demonstrara o devido preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício. Pleiteia, portanto, a reforma da r. sentença. Caso seja mantido o *decisum*, requer que o termo inicial do benefício seja fixado na data da juntada do laudo pericial, a redução dos honorários periciais e advocatícios, e a isenção de custas processuais.

Inconformada, a autora também apelou, alegando que o termo inicial do benefício deve ser fixado na data do ajuizamento da ação. Pleiteia, assim, a reforma parcial do *decisum*.

Com contrarrazões de ambas as partes, subiram os autos a esta Corte Regional.

O Ministério Público Federal manifestou-se, nas fls. 233/236, opinando "*desprovemento do recurso do autor e pelo parcial provimento do recurso do INSS, reduzindo o patamar dos honorários para 10%, e fixando os honorários periciais em R\$ 234,80*"

Tendo o requerente falecido em 22/05/2008, conforme certidão de óbito na fl. 247, procedeu-se à habilitação de seus herdeiros nas fls. 252/255, a qual foi homologada na fl. 311.

É o relatório.

DECIDO.

A r. sentença julgou procedente o pedido, por entender que a parte autora preencheria os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Irresignada, a Autarquia interpôs apelação. Preliminarmente, alegou falta de interesse de agir, tendo-se em vista a ausência de pedido administrativo. No mérito, aduziu que a parte autora não demonstrara o devido preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício. Pleiteia, portanto, a reforma da r. sentença. Caso seja mantido o

decisum, requer que o termo inicial do benefício seja fixado na data da juntada do laudo pericial, a redução dos honorários periciais e advocatícios, e a isenção de custas processuais.

Inconformada, a autora também apelou, alegando que o termo inicial do benefício deve ser fixado na data do ajuizamento da ação. Pleiteia, assim, a reforma parcial do *decisum*.

Preliminarmente, conheço da remessa oficial, nos termos do disposto no artigo 475, §2º do Código de Processo Civil. Ainda, no que tange à alegação de carência de ação por falta de interesse de agir, assevera-se que esta E. Corte já decidiu inúmeras vezes que o esgotamento da via administrativa não condiciona o exercício do direito da ação. A matéria já foi inclusive objeto da Súmula nº 9, deste E. Tribunal Regional Federal, nos seguintes termos:

"Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação."

Cabe, também, notar que o prévio pedido administrativo também não implica carência da ação, por falta de interesse de agir, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e, ainda, por se ter em vista que, nas palavras do Ilustre Ministro Edson Vidigal, *"não seria justo impor ao segurado a obrigação de dirigir-se ao estado-administrador, sabidamente pródigo no indeferimento dos pedidos que lhes são encaminhados, apenas como uma exigência formal para ver sua pretensão apreciada pelo estado-juíz"* (RESP 109.724/SC, 5ª Turma, Min. Edson Vidigal, DJ 17/02/1999).

Em semelhante sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"- PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DISPENSABILIDADE DE EXAME PRÉVIO PELA ADMINISTRAÇÃO.

- O PRÉVIO INGRESSO DE PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA NÃO É CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO, ONDE SE PLEITEIA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

- RECURSO PROVIDO."

(STJ, RESP 147252, Processo nº 199700628388/SC, 6ª Turma, Rel. William Patterson decisão em 07/10/1997, STJ000184712, DJ 03/11/1997, pág. 56407). (Grifos nossos).

Ademais, ao contestar a ação demonstrou inequivocamente a autarquia previdenciária sua intenção de indeferir o pleito administrativamente.

Em seguida, ressalto que, diante do falecimento do requerente em 22/05/2008 (fl. 247), permanece a pretensão dos sucessores de receberem as prestações eventualmente em atraso, entre a data em que se tornaram devidas até o óbito. De fato, o artigo 23, do Decreto nº. 6.214/2007, dispõe que:

"Art. 23. O Benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores.

Parágrafo único. O valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil."

Desse modo, resta evidente que o benefício em questão é personalíssimo, não podendo ser transferido aos herdeiros em caso de óbito, de modo a gerar o direito à percepção do benefício de pensão por morte aos dependentes.

Portanto, a morte do autor no curso da ação coloca um termo final no seu pagamento. No entanto, em relação ao período em que se encontrava vivo o demandante, remanesce o legítimo interesse dos sucessores de pleitear o crédito respectivo.

Nesse sentido recentemente decidiu a E. Turma Nacional de Uniformização:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS INCOMPATÍVEIS COM O RITO DOS JUIZADOS. PORTARIA DAS TURMAS RECURSAIS/MG. CÔMPUTO DO PRAZO RECURSAL A PARTIR DA CARGA DOS AUTOS. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. VALORES NÃO RECEBIDOS PELO INTERESSADO, FALECIDO APÓS A SENTENÇA. DIREITO DOS SUCESSORES.

1. Diante do conflito de normas que, de um lado, atribuem à Defensoria Pública privilégios processuais (contagem em dobro dos prazos e intimação pessoal), e, de outro, afirmam não haver contagem em dobro dos prazos no âmbito dos Juizados Especiais Federais, resolve-se a controvérsia pelo princípio da especialidade da Lei nº 10.259, de 2001. Nada obstante, porque havia, no caso específico das Turmas Recursais de Minas Gerais, portaria a admitir a contagem do prazo a partir da carga dos autos, é este o critério que há de prevalecer.

2. A despeito do caráter personalíssimo do benefício assistencial, há que se reconhecer a possibilidade de pagamento dos atrasados aos sucessores do demandante falecido no curso do processo. Não se poderia premiar o Estado por uma conduta duplamente censurável: I) por não haver concedido o benefício a quem dele necessitava; e II) por não haver julgado o processo a tempo de propiciar o pagamento dos atrasados ao cidadão inválido.

3. Pedido de Uniformização conhecido e provido." (TNU, Rel. Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, PEDILEF 200638007488127, DJU 30/01/2009, grifo nosso).

Ainda, constata-se que a garantia do requerimento do benefício de renda mensal vitalícia perdurou em nosso ordenamento jurídico **até 31 de dezembro de 1995**, por força do art. 40, *caput* e parágrafo 2º - este acrescentado pela Lei nº. 9.711/98, da Lei nº. 8.742/93, de forma que o benefício requerido pela parte autora deve ser analisado à luz dos requisitos alusivos ao benefício assistencial de prestação continuada, regulamentado pela Lei nº. 8.742/93, uma vez que o requerente ingressou com a ação em 11/07/1997, quando não mais vigorava a renda mensal vitalícia.

Com efeito, em atenção ao princípio da economia processual, aliado ao da fungibilidade, passo a analisar o pedido do autor, com supedâneo no benefício assistencial de prestação continuada, regulamentado pela Lei nº. 8.742/93, porquanto a *lex mater* de 1988 não trouxe como pressuposto ao deferimento do benefício assistencial a comprovação do exercício de atividade remunerada pelo requerente.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 203, inciso V, dispõe que "*a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*"

Com relação à deficiência, deve-se atentar ao laudo pericial das fls. 131/138, sendo este conclusivo no sentido de que o requerente é portador de "*lombalgia e reumatismo*", de tal forma que deve ser considerado incapacitado de forma total e permanente para o trabalho, restando satisfeito esse requisito.

Quanto à insuficiência de recursos para subsistência, ressalte-se que o objetivo da assistência social é prover o mínimo para a sobrevivência do deficiente ou do idoso, de modo a assegurar uma existência digna. Por isso, para sua concessão não há que se exigir uma situação de miserabilidade absoluta, bastando a caracterização de que o beneficiário não tem condições de prover à própria manutenção e de que não pode ser sustentado por sua família.

Assim, o legislador constituinte de 1988, tendo em vista as enormes desigualdades sociais já então existentes do seio da sociedade brasileira, procurou através desse dispositivo constitucional, minorar a situação de penúria e miserabilidade em que se encontrava grande e significativa parcela da população, já configurando no dispositivo os requisitos essenciais da prestação continuada.

Todavia, as autoridades governamentais tomaram inúmeras iniciativas legislativas, com o objetivo claro e inequívoco de mitigar e até frustrar o exercício desse direito a pretexto da expressão "*conforme dispuser a lei*" inserida no final do comando do mencionado inciso V do artigo 203 da CF, como se a expressão pudesse conceder ao legislador infraconstitucional licença para limitar esse direito constitucional.

Como muito bem observou o Desembargador Federal FABIO PRIETO, da Quinta Turma deste Egrégio Tribunal, no voto condutor do acórdão unânime publicado na Revista do TRF-3ª Região, vol. nº 48, págs. 209/210, cujas douradas conclusões adoto, a "*lei ordinária de 1993 não pode ser entendida como termo inicial de eficácia de direito adquirido, desde 1988, por força de norma constitucional*", acrescentando que "*a lei ordinária pode regulamentar esse direito, não condicioná-lo fora do âmbito da Constituição Federal*" (TRF-3ª Região, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto de Souza, Ap. Civ. 515602, Processo nº 1999.03.99.072322-1/SP, DJU 17/04/2001, pág. 574).

Assim, a lei não pode criar parâmetros ou critérios fixos de miserabilidade econômica, como a que dispõe como unidade familiar hipossuficiente, aquela que perceba renda *per capita* igual ou inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, como se este tivesse sido estabelecido em valores vigentes em países do chamado primeiro mundo e não nos valores irrisórios em que vêm sendo estabelecidos no Brasil.

De se notar ainda, que, depois de 1988, quando o legislador constituinte se preocupou com a significativa massa de excluídos então existente na sociedade brasileira, essa situação deteriorou-se sobremaneira de lá para cá, fruto da adoção de políticas sociais e econômicas desumanas, excludentes e muitas vezes cruéis, sobrevalorizando o capital financeiro em detrimento do trabalho e das políticas sociais compensatórias, como a saúde e a seguridade social, tudo sob o equivocado dogma neoliberal da chamada Escola de Chicago, segundo o qual "não existe almoço grátis", com isso aumentando a miséria e a exclusão social e, em consequência, o número de cidadãos desamparados pelo poder público e necessitados do benefício de que trata estes autos.

Portanto, não cabe ao legislador, sob pretexto de ajuste fiscal ou contenção de despesas públicas, dificultar o acesso daquelas pessoas ao amparo social através de leis e regulamentos que, por via oblíqua, nada mais pretendem do que negar o próprio direito àquela garantia constitucional que, como mencionado na ementa do acórdão do STJ acima citada, "***foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência***".

Ademais, a decisão proferida na ADIN nº 1.232-1 diz que o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 estabelece situação objetiva pela qual presume-se pobreza de forma absoluta, mas não impede o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do segurado e de sua família (precedentes do STJ).

Sendo assim, o decidido pela Suprema Corte, contudo, não tem o condão de afastar a possibilidade de deferimento da assistência social prevista no artigo 20, da Lei nº 8.742/93, uma vez que nada impede que seja a efetiva necessidade de recebimento do benefício apurado segundo outras circunstâncias que assim o indique.

Saliente-se, ainda, que o Exmo. Min. Gilmar Mendes, recentemente, em medida cautelar, na Reclamação nº 4.374-6/PE, observou "*que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei n. 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma.*"

Completo o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, na mencionada Reclamação, que, "*de fato, não se pode negar que a superveniência de legislação que estabeleceu novos critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais - como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa*

Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei n.º 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei n.º 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) - está a revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o art. 203 da Constituição da República."

No presente caso, o estudo social, realizado em 26/05/2004, nas fls. 116/119, demonstrou que a parte autora residia com sua esposa, sra. Benedicta Pereira de Macedo, **então com 65 (sessenta e cinco) anos**.

Verificou que a moradia da casal, localizada em "área considerada foco de **exclusão social**", era própria, "construída em terreno **doado, de alvenaria sem acabamento, telha de barro, chão batido, em condições muito precárias**", e constituída por 06 (seis) cômodos pequenos.

Relatou que "a casa **não dispõe de móveis e eletrodomésticos mínimos. Tem apenas cama, armário de cozinha, fogão à lenha, rádio, bancos de madeira, geladeira, pia, todos em péssimas condições de uso**".

Informou que o casal realizava "apenas atividades domésticas pequenas e urgentes, ficando bastante **prejudicada a higiene pessoal e do ambiente**", em decorrência de sua debilitada condição de saúde.

Expôs que o casal não possuía renda, recebendo auxílio da comunidade e de seus filhos para os gêneros essenciais, porém de forma insuficiente.

Por fim, concluiu que o casal estava "**em condições extremas de vulnerabilidade social**".

Sob tal contexto, **há de se perceber desamparo**, que enseja o benefício requerido.

Por tais razões, a parte autora faz jus à percepção do benefício assistencial de prestação continuada, uma vez demonstrado o implemento dos requisitos legais, a ser concedido no valor de 1 (um) salário mínimo a partir da data da citação (27/08/1997), isto é, na época em que o INSS tomou conhecimento do pedido e integrou a relação processual, pois, a partir de então, fez-se litigiosa a coisa e constituiu-se em mora a autarquia, e, além disso, há de se considerar que, embora o autor não tenha feito pedido na via administrativa, já havia atendido às exigências legais para a concessão do benefício em momento anterior.

O benefício é devido até 22/05/2008 (fl. 247), data do óbito do requerente, conforme já explanado.

Cumpra esclarecer que a correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução n.º 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula n.º 08 desta Corte Regional e a Súmula n.º 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com incidência de juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação.

Saliento que a inclusão de juros de mora, em sede de apelação, não configura *reformatio in pejus*, uma vez que encontra-se implícito no pedido, decorre de lei e pode ser considerado até mesmo em sede de liquidação, inclusive no caso de não ter constado expressamente na exordial ou na condenação.

Cristalizando esse entendimento, sobreveio a Súmula n.º 254 do STF, nos seguintes termos:

"*Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação*".

Quanto aos honorários periciais, em observância aos preceitos da Lei 9.289/96, são os mesmos fixados levando-se em conta o valor da causa, as condições financeiras das partes, a natureza, a complexidade e as dificuldades da perícia, o tempo a ser despendido para a sua realização e o salário do mercado de trabalho local, razão pela qual entende este juízo *ad quem*, cabível fixar-lhes em R\$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos), nos termos da Resolução n.º 558/07 do CJF.

Com relação aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença (Súmula n.º 111 do STJ).

O INSS é isento do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal n.º 9.289/96.

Isto posto, nos termos do disposto no *caput* e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, **dou parcial provimento à remessa oficial**, para limitar a percepção do benefício até a data do óbito (22/05/2008 - fl. 247), devendo a correção monetária sobre os valores em atraso seguir o disposto na Resolução n.º 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula n.º 08 desta Corte Regional e a Súmula n.º 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com incidência de juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, bem como para fixar os salários periciais em R\$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos), nos termos da Resolução n.º 558/2007 do Conselho da Justiça Federal, **rejeito a matéria preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação do INSS**, para arbitrar os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o total da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da prolação da sentença (Súmula n.º 111 do STJ), bem como para isentar a Autarquia do pagamento de custas processuais, **e nego seguimento à apelação da parte autora**.

Mantenho, quanto ao mais, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002706-55.2001.4.03.6125/SP
2001.61.25.002706-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ANTONIO BRASIL ALEXANDRE

ADVOGADO : RONALDO RIBEIRO PEDRO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSE RENATO DE LARA E SILVA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00027065520014036125 1 Vr OURINHOS/SP

DECISÃO

Cuida-se de apelação em ação de conhecimento, ajuizada perante a Justiça Estadual da Comarca de Ourinhos/SP na data de 12/06/2000, que tem por objeto condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa deficiente.

Após a citação e contestação da Autarquia, foi reconhecida a incompetência absoluta do Juízo Estadual para julgar a lide e os autos foram redistribuídos à 1ª Vara da Justiça Federal de Ourinhos, que determinou a realização de perícia médica, agendada para o dia 22/05/2002, que não chegou a ser realizada, vez que o autor não foi encontrado no endereço declinado na inicial.

Realizadas diligências infrutíferas para localização da parte autora, inicialmente por carta e após por mandado, o autor foi intimado para fornecer o endereço atualizado, ocasião em que o causídico requereu a suspensão do feito por 180 dias, para cumprimento da decisão, informando que o autor está em tratamento no Estado do Paraná (fls. 74).

Diante do tempo transcorrido e após sucessivos sobrestamentos do feito sem que fosse cumprida a determinação, foi aberta vista dos autos ao INSS, que nada requereu e ao Ministério Público Federal, que pugnou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, vez que constatado em pesquisa efetuada no CNIS, que o autor está recebendo aposentadoria por invalidez previdenciária e a impossibilidade de cumular o benefício assistencial pretendido nestes autos, em face da vedação legal.

Após a manifestação da Autarquia, informando que foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez ao autor, por meio do provimento jurisdicional alcançado no Proc. nº 2003.70.01.015466-0, que tramitou perante o Juizado Especial Federal Cível de Londrina/PR, e assentindo com a extinção deste processo sem julgamento do mérito, foi proferida sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito, nos termos do Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por superveniente perda do interesse processual, diante da concessão administrativa do benefício de aposentadoria por invalidez na data de 29/01/2004, e condenando a parte a autora no pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa, ressalvando ser beneficiária da assistência judiciária.

Apelou a parte autora, requerendo, em preliminar, a nulidade da sentença para que seja determinada a realização de perícia, vez que atualmente o endereço do recorrente é conhecido e consta dos cadastros do recorrido. Pleiteia, também, a condenação do apelado por litigância de má-fé, sustentando que o recorrente mudou de residência e comunicou o atual endereço somente ao recorrido, que não informou nos autos. No mérito, aduz que remanesce interesse processual para a percepção dos valores atrasados, não obstante a percepção de qualquer benefício.

Subiram os autos, com contrarrazões.

O Ministério Público Federal pugnou pelo improvimento do recurso interposto.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, nos termos do Art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, não conheço do agravo retido interposto pela Autarquia Previdenciária nos autos da Impugnação ao Valor da Causa em apenso, vez que ausente pedido expresso para seu julgamento. Nesse sentido, traz-se a lume:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELO APELADO. ART. 523, CAPUT, § 1º, DO CPC. JULGAMENTO. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO NAS CONTRA-RAZÕES DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. O julgamento do agravo retido interposto pelo apelado está condicionado à existência de pedido expresso veiculado nas contra-razões da apelação.

2. Recurso especial improvido."

(REsp 636310/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 02.08.2007, pág. 440)

Superada a preliminar, passo ao exame do mérito da apelação interposta pela parte autora.

Cinge-se a questão ao direito da parte autora em perceber os valores do benefício assistencial no período compreendido entre a data do ajuizamento da ação (16/06/2000) até o dia imediatamente anterior em que foi concedido benefício de aposentadoria por invalidez (29/01/2004).

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu artigo 20 os requisitos para a concessão do benefício, *verbis*:

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

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

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

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

O benefício assistencial requer, portanto, o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado sob o aspecto subjetivo (a deficiência) e de outro lado, sob o aspecto objetivo (a hipossuficiência).

No presente caso, não foi realizada a perícia médica designada, em razão da não localização do autor, vez que mudou-se sem comunicar seu novo endereço.

Colhe-se dos autos, que por ocasião do ajuizamento da ação, na data de 12/06/2000, o autor era residente no Município de Ourinhos/SP, estava desempregado e fundamentou seu pedido de amparo social por estar incapacitado para o labor, sustentando que "*foi acometido de Poliomielite quando criança, obteve sequelas, perda dos movimentos das pernas, problemas de coluna, dentre outros problemas reflexos de locomoção e motores*".

De acordo com os assentamentos do CNIS carreado aos autos pelo Ministério Público Federal às fls. 99, o autor esteve empregado nos períodos de 06/10/1993 a 11/07/1994, de 02/08/1995 a 16/04/1996, contratado pela Associação Paranaense de Reabilitação, e nos períodos de 21/08/1996 a 20/07/1997, de 01/11/1997 a 17/08/1999, de 01/10/2000 a 01/06/2004, laborou para o empregador Emp de Transporte Coletivo Jacarezinhense Ltda. - EPP, sendo certo que lhe foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez em 29/01/2004.

A presente ação foi ajuizada em 16/02/2000, quando o autor estava desempregado, conforme relatado na inicial. Entretanto, em 01/10/2000 foi recontratado pela empresa de transporte coletivo após a cessação do contrato de trabalho em 17/08/1999.

Portanto, como bem assentado pelo I. Parquet, com retorno do autor ao trabalho, logo após o ajuizamento da demanda, afasta um dos requisitos para a concessão do benefício assistencial, qual seja, a incapacidade laboral.

Desse modo, ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, eis que a prova produzida nos autos não demonstra a incapacidade da parte autora, decerto que não faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada do Art. 20, da Lei nº 8.742/93, restando prejudicada a análise do requisito da hipossuficiência econômica.

Ademais, vale ressaltar que esta Corte já decidiu que diante do não preenchimento de um dos requisitos para concessão do benefício, *in casu* a incapacidade, revela-se desnecessária a análise dos demais, vez que o laudo social não resultará alteração do julgado, por serem cumulativos os requisitos para a concessão do benefício postulado e sendo infrutífero um deles, torna-se desnecessária a produção de prova para verificar a existência do outro.

Na esteira desse entendimento, confira-se a decisão monocrática desta Corte, proferida na Apelação Cível nº 0035661-45.2010.4.03.9999/SP, proc. nº 2010.03.99.035661-1, de relatoria da Des. Fed. Marianina Galante, julgada em 20/10/2010.

Assim, não restou caracterizado o estado de incapacidade que enseja a concessão do benefício assistencial.

Deve, pois, ser mantida a r. sentença quanto à matéria de fundo, restando prejudicada a análise das demais questões posta no recurso.

No entanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Posto isto, corrijo o erro material constante da sentença para isentar o recorrente dos ônus de sucumbência, vez que usufrui a assistência judiciária e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação, nos termos da fundamentação.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003304-29.2001.4.03.6183/SP

2001.61.83.003304-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : MARIA JOSE ROSENDO DE MORAES

ADVOGADO : ROQUE RIBEIRO SANTOS JUNIOR e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ADARNO POZZUTO POPPI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 01-08-2001, em face do INSS, citado em 27-08-2001, pleiteando o benefício de auxílio-doença, previsto no artigo 59 da Lei nº 8.213/91, desde a data do encerramento de seu vínculo empregatício (26-10-1992).

A r. sentença, proferida em 15-08-2003, julgou improcedente o pedido, uma vez que não há nos autos comprovação da incapacidade para o trabalho e de que deixou de trabalhar em razão da doença ou de seu agravamento, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$ 20.000,00), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora, pleiteando a reforma da r. sentença, uma vez que preenche os requisitos necessários à concessão do benefício.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido, por entender que a parte autora não preencheu os requisitos legais à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora, pleiteando a reforma da r. sentença, uma vez que preenche os requisitos necessários à concessão do benefício.

Passo agora à análise do mérito, propriamente dito.

O auxílio-doença é devido ao segurado que ficar incapacitado parcial ou temporariamente para o labor ou suas atividades habituais e cumprir o período de carência exigido.

Analisando-se o requisito da incapacidade laborativa, o laudo pericial das fls. 71/73 é conclusivo no sentido de que a autora, embora seja portadora de atrofia do nervo óptico esquerdo, não se encontra incapacitada para o exercício de suas atividades habituais, mas apenas para aquelas que requerem visão binocular - visão de profundidade (dirigir veículos, operar empilhadeiras, atividades em alturas, etc.).

De acordo com o *expert*:

"Segundo relatório do Dr Paulo M. Imamura CRM 15856 em 11/04/2001 a autora foi atendida no setor de neuroftalmologia com história de tonturas, problemas no nervo óptico esquerdo e referindo estrabismo desde a infância e o exame estava normal no olho direito e foi detectada palidez total do disco óptico esquerdo de causa não determinada. Não há informações sobre tratamento clínico.

Cabe aqui ressaltar a extrema dificuldade em se diagnosticar a causa que levou a atrofia do nervo óptico esquerdo tanto pela falta de exames diagnósticos que apontem a causa e a temporalidade, bem como pela falta de exames oftalmológicos anteriores que comprovem a integridade do nervo óptico antes do acidente.

(...)

Partindo do pressuposto que o autor possuía boa visão em ambos os olhos, e não era portadora de quaisquer patologias oculares que resultassem em prejuízo da visão binocular, pois não há como se determinar tais características funcionais pregressas através do exame oftalmológico e pela falta de dados oftalmológicos anteriores ao ocorrido, a perda da visão de um olho traz prejuízos da função da visão binocular (visão de profundidade) a qual pode acarretar certas dificuldades em manusear objetos, no sentido de percepção de altura, etc, porém estas dificuldades variam de indivíduo para indivíduo e podem acarretar maior esforço para desempenhar a função exercida na época da baixa de visão.

Há incapacidade permanente para funções que necessitem da visão binocular, (...). Do ponto de vista oftalmológico não há incapacidade laboral para as funções habituais." (fls. 72/73)

Nesse sentido, há de se observar o acórdão assim ementado:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA-INVALIDEZ. PROVA PERICIAL QUE CONCLUIU PELA CAPACIDADE LABORATIVA DO SEGURADO. PEDIDO IMPROCEDENTE.

Comprovado, por meio de perícia médica judicial, que o segurado não porta incapacidade para o trabalho, descabida se mostra a concessão de aposentadoria por invalidez, mormente quando a prova dos autos confirma que o autor encontra-se em plena atividade laboral.

O juiz não deve se afastar das conclusões contidas no laudo pericial se não há, nos autos, outros elementos ou fatos provados conducentes à convicção diversa.

Sentença reformada."

(TRF -1ª Região Proc: 199101038982 Rel Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo (CONV), 1ªT. Suplementar D: 19-03-2002, DJ: 16-05-2002, pág: 100)

Bem asseverou o MM. Juiz *a quo*:

"A conclusão a que se chega pela leitura do laudo pericial de fls. 71/73, é que, à mingua de exames contemporâneos à época da atividade, não há como precisar a data em que teve início a lesão ocular, bem como o agravamento da doença da autora. Também ficou evidente que a incapacidade laboral da autora é relativa tão-somente às atividades que exijam visão binocular, mas não para as funções habituais.

Assim, não restou constatada a coexistência da doença alegada ou de seu agravamento por ocasião da cessação do vínculo empregatício da autora em 1992, nem se comprovou o estado de incapacidade para o trabalho, não preenchendo, portanto, os requisitos legais à concessão do auxílio-doença almejado." (fl. 79)

Ressalta-se, ainda, que a autora conta, atualmente, com apenas 42 (quarenta e dois) anos de idade (fl. 08), não sendo demais consignar que os benefícios que pleiteia não têm por escopo a manutenção daqueles que estão em situação de desemprego.

Assim, o pedido deve ser julgado improcedente, pois, faltando algum dos requisitos legais, nos termos da legislação em vigor, torna-se inviável a concessão do benefício pleiteado.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010128-42.2004.4.03.6104/SP
2004.61.04.010128-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : FRANCISCO THEOBALDINO
ADVOGADO : DONATO LOVECCHIO
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LUIZ ANTONIO LOURENA MELO
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por FRANCISCO THEOBALDINO, em face da r. sentença proferida nos autos da ação ordinária, em fase de execução de débito previdenciário.

A r. sentença julgou extinta a execução, nos termos dos arts. 794, I, e 795 do Código de Processo Civil.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, em síntese, serem devidos os juros de mora no período entre a data da conta e a data da inclusão do precatório no orçamento. Requer o provimento do apelo, a fim de afastar a extinção da ação e determinar o prosseguimento da ação, sobrestando-se o feito até o julgamento no STF do RE 579.431-8.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência das Cortes Superiores pacificou entendimento no sentido de que na atualização da conta a ser incluída no precatório complementar não devem incidir os juros moratórios se o pagamento for efetuado no prazo previsto no § 1º, do art. 100, da Constituição Federal, ante a inexistência de mora da autarquia, como ocorreu na hipótese dos autos, consoante os julgados *in verbis*:

"Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual ficou assinalado a incidência de juros de mora no período entre a data de elaboração da conta exequenda e a data de expedição do precatório.

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados.

No recurso especial, o INSS alega, inicialmente, a violação ao disposto no art. 535 do CPC. Sustenta negativa de prestação jurisdicional por parte do egrégio Tribunal de origem, porquanto não teria enfrentado a questão trazida ao seu conhecimento por meio do recurso integrativo.

No mais, alega a autarquia previdenciária violação ao disposto nos arts. 1º da Lei nº 4.414/64, e 394, 395 e 396, todos do CC. Sustenta, em suma, a impossibilidade de incidência de juros de mora no período compreendido entre a elaboração da última conta de liquidação e a data de registro do precatório.

Sem as contra-razões, admitido o recurso, subiram os autos a este e. Tribunal.

Decido.

(...)

Quanto ao restante, com melhor sorte a autarquia previdenciária.

Discute-se no presente caso se são devidos juros de mora no período compreendido entre a elaboração dos cálculos definitivos e a apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório.

*Ressalto que a jurisprudência desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal já pacificaram o entendimento de que não são devidos juros de mora no período compreendido entre a data da expedição e a do efetivo pagamento do precatório principal, desde que obedecido o prazo a que se refere a Constituição Federal no art. 100, § 1º (na redação anterior à EC nº 30/2000), por não restar caracterizada a inadimplência do Poder Público. Destaco, desta Corte, os seguintes julgados: AgRg no Ag 848.905/RS, Rel. Min. **Paulo Gallotti**, DJU de 28/05/2007; AgRg no REsp 876.959/MG, Rel. Min.ª **Denise Arruda**, DJU 30/04/2007; AgRg nos EREsp 641.408/RS, Rel. Min.ª **Eliana Calmon**, DJU de 05/03/2007; e REsp 522.840/DF, Rel. Min. **João Otávio de Noronha**, DJU de 07/02/2007.*

*Entretanto, o caso aqui é diverso. Pleiteia-se o pagamento de **juros de mora de período anterior à data de apresentação do precatório pelo Poder Judiciário.***

Nesse caso, também não há como entender devidos juros de mora.

*Juros de mora e atualização monetária do valor do precatório ou da RPV são realidades distintas. Os primeiros correspondem a sanção imposta ao devedor pelo não adimplemento da obrigação no prazo assinado; a atualização, por sua vez, é, como destacou o e. Min. **Sepúlveda Pertence** em voto proferido no **RE 298.616**, "mera correção da expressão monetária da dívida, mantida, ao menos teoricamente, o seu valor originário".*

Portanto, se os juros de mora correspondem a uma sanção pecuniária pelo inadimplemento da obrigação, não se pode entender que, enquanto não inscrito o precatório ou expedida a RPV, haja inadimplemento da Fazenda Pública. A demora da inscrição no regime precatorial só pode ser creditada ao volume de processos que assoberbam o Judiciário, que é quem autoriza a inscrição, no orçamento da entidade devedora, dos precatórios. Não há como imputar a

responsabilidade pela demora da inscrição do precatório no orçamento da entidade devedora à Fazenda, pois o ordenamento jurídico não lhe autoriza a dispensar o regime precatorial para pagamento de seus débitos. A mora do ente público só resta caracterizada quando, inscrito o precatório ou expedida a RPV, o pagamento não é feito no prazo previsto na lei.

No AgRg no AI 492.779/DF, o c. Supremo Tribunal Federal, julgando matéria idêntica, pelo voto do e. Min. **Gilmar Mendes**, destacou:

"Ademais, e repisando que aqui se trata de discussão correspondente a período anterior à Emenda Constitucional nº 30/2000, cabe registrar, a partir do argumento específico do agravante no sentido de que haveria "mora" por parte do Poder Público - e, conseqüentemente, de que seriam devidos "juros moratórios" - desde a "data de elaboração dos cálculos até a formação do precatório e da data do pagamento do precatório principal até a expedição do precatório complementar, em relação ao saldo residual apurado", que pelos mesmos fundamentos dos precedentes acima referidos não lhe assiste razão: **é que o lapso entre a data da elaboração dos cálculos definitivos até a apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório (§ 1º do art. 100 da Constituição) também integra o iter constitucional necessário à realização do pagamento sob a forma de precatório - o caput e o § 1º do art. 100 impedem o Poder Público, neste caso, pagá-los sem a observância deste procedimento -**, e quanto ao transcurso entre a data de pagamento do precatório principal e eventual expedição de precatório complementar ("em relação ao saldo residual apurado") este pressupõe a necessidade daquele "precatório complementar", situação inexistente na hipótese dos autos à vista do decidido pelo acórdão recorrido (impossibilidade de aplicação, **a posteriori**, de novos índices de atualização monetária distintos àqueles constantes de decisão transitada em julgado, e descabimento de juros moratórios relativamente ao período necessário à tramitação constitucionalmente própria dos precatórios) e do que consta nesta decisão."

A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV). JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA APRESENTAÇÃO DA CONTA DEFINITIVA E A EXPEDIÇÃO DA RPV. INADMISSIBILIDADE.

Os juros de mora correspondem a uma sanção pecuniária pelo inadimplemento da obrigação no prazo assinado. Assim a demora do poder judiciário em inscrever o débito no regime precatorial, ou em expedir a requisição de pequeno valor, não pode ser imputada à fazenda pública, porquanto esta não está autorizada a dispensar esses procedimentos, previstos constitucionalmente, para o pagamento de seus débitos.

Recurso especial provido."

(REsp 935.096/SC, 5ª Turma, da minha relatoria, DJU de 24/09/2007).

E, ainda: REsp 902.081/SC, DJU de 24/09/2007; REsp 897.784/SC, DJU de 08/10/2007; REsp 934.632/RS, DJU de 08/10/2007; e REsp 941.236/SC, DJU de 08/10/2007, todos da minha relatoria.

Desta forma, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, alterado pela Lei nº 9.756/98, dou provimento ao recurso." (STJ, RESP 1.030.844/SP, Rel. Min. Felix Fischer, d. 25.02.2008, DJ 13.03.2008)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECATÓRIO. MORA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Não cabe agravo de instrumento contra decisão do Tribunal de origem que determina o sobrestamento do feito com fundamento no art. 543-B do CPC. Entretanto, razões de economia processual e celeridade justificam a manutenção da decisão ora atacada.

II - O entendimento firmado no julgamento do RE 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, também se aplica ao período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório.

III - Agravo regimental improvido."

(STF, AI 713551 AgR/PR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. 23/06/2009, DJe 14-08-2009)

"DESPACHO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que entendeu ser devida a inclusão dos juros de mora entre a data da conta e a expedição de requisição de pequeno valor. Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 100, § 1º, da mesma Carta. O Subprocurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 94-100). A pretensão recursal merece acolhida. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar caso análogo "RE 298.616", Rel. Min. Gilmar Mendes, conheceu e deu provimento ao RE do Instituto Nacional do Seguro Social ao entendimento de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, nos termos da ementa a seguir transcrita: "EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. Precatórios. Juros de mora. 3. Art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, 2000. 4. Inclusão no orçamento das entidades de direito público. Apresentação de 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 6. Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos. 7. Recurso extraordinário provido." Esse entendimento se aplica, da mesma forma, ao período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, porquanto somente haveria mora se descumprido o prazo constitucionalmente estabelecido. No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: AI 492.779-AgR/DF e RE 449.198/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 552.212/SP, Rel. Min. Carmem Lúcia. Isso posto, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento."

(STF, RE 556.189/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, d. 09.10.2007, DJE-130, divulg. 24.10.2007, public. 25.10.2007, e DJ 25.10.2007)

"EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Juros de mora entre as datas da expedição e do pagamento do precatório judicial. Não incidência. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, AI-AgR 614.257/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 12.02.2008, 2ª Turma, DJE-041, divulg. 06.03.2008, public. 07.03.2008)

"EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Por possuírem a mesma natureza, não há diferenciação entre precatório e Requisição de Pequeno Valor - RPV, quanto à incidência de juros de mora. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF, AI-AgR 618.770/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 12.02.2008, 2ª Turma, DJE-041, divulg. 06.03.2008, public. 07.03.2008)

Por fim, não há que se falar em sobrestamento do feito, porquanto essa medida não se aplica à atual fase processual. A esse respeito confira-se jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar os fundamentos da decisão atacada. Incidência da Súmula 182/STJ.

2. Ao relator não compete determinar o sobrestamento do feito em razão de ter sido reconhecida a repercussão geral da matéria pelo STF, por se tratar de providência a ser avaliada quando do exame de eventual Recurso Extraordinário. Precedentes.

3. Agravo Regimental não conhecido."

(AgRg no Ag 1061763/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 28/10/2008, DJe 19/12/2008)

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação do exequente.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005071-53.2007.4.03.6002/MS

2007.60.02.005071-3/MS

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : JOSE CANDIDO DA ROCHA
ADVOGADO : ADEMAR FERNANDES DE SOUZA JUNIOR e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : INDIARA ARRUDA DE ALMEIDA SERRA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00050715320074036002 1 Vr DOURADOS/MS

DECISÃO

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário movida em face do INSS, visando a correção dos salários-de-contribuição do benefício da parte autora, com a inclusão do índice de 39,67%, referente ao IRSM de fevereiro de 1994, pagamento das diferenças apuradas não prescritas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, honorários advocatícios e demais despesas comprovadas.

A r. sentença monocrática julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Nas razões recursais, a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, com a total procedência da ação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o breve relato.

DE C I D O.

Da aplicação do IRSM integral do mês de fevereiro de 1994, na ordem de 39,67%, aos benefícios precedidos de benefício por incapacidade:

A parte autora esteve em gozo de auxílio-doença (NB 31/082.560.888-0) com início de vigência em **13/04/1992** e término em **31/05/1994**, após o que lhe foi concedida aposentadoria por invalidez (NB 32/054.135.518-0), consoante se depreende do documento acostado aos autos nas fls. 36 e 38.

No sistema da Lei nº 8.213/91, o salário-de-benefício representava a média aritmética simples dos últimos 36 salários-de-contribuição, atualizados monetariamente, dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, sendo que, no período básico de cálculo, se o segurado tivesse recebido benefício por incapacidade, considerar-se-ia como salário-de-contribuição, naquele período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do benefício anterior, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário-mínimo:

"Art. 29 O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48(quarenta e oito) meses.

...

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1(um) salário-mínimo." (o grifo é meu)

Analisada a questão à luz desse dispositivo legal, entende-se que, no cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez, deveria o INSS computar, como salário-de-contribuição, os salários-de-benefício pagos durante a vigência do auxílio-doença.

No entanto, o **Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento** no sentido de que deve ser aplicado para o caso o disposto no §7º do artigo 36 do Decreto Regulamentador 3.048/99, *in verbis*:

"Art. 36. No cálculo do valor da renda mensal do benefício serão computados:

(...)

§ 7º A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral." (grifo nosso)

Nesse sentido, confira-se as decisões emanadas pela Corte Superior, assim ementadas:

"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. RENDA MENSAL INICIAL. SEGURADO BENEFICIÁRIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQÜENTE.

- 1. Aposentadoria por invalidez, precedida de auxílio-doença deve ser calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.*
- 2. Hipótese em que incide o art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/1999, que determina que o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.*
- 3. Agravo interno a que se nega provimento."*

(Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma - AgRg no REsp 1100488/RS - Relatora Desembargadora Convocada do TJ/MG Jane Silva - Julgado em 03.02.2009 - Publicado em DJe de 16.02.2009)

"AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTARIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. ART. 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. APLICAÇÃO.IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez será calculada com base nos salários-de-benefícios anteriores ao auxílio-doença, a teor do art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(Superior Tribunal de Justiça - Sexta Turma - AgRg no REsp 1062981/MG - Relator Ministro Paulo Gallotti - Julgado em 11.11.2008 - Publicado em DJe de 09.12.2008)

Portanto, a apuração do valor da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por invalidez precedido de auxílio-doença, sem solução de continuidade, deve se dar mediante a simples transformação do auxílio-doença, calculada com base na aplicação do coeficiente de 100% (cem por cento) sobre o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices dos benefícios em geral, em observância ao estabelecido no §7º do artigo 36 do Decreto n.º 3.048/99.

Saliento, contudo, que a aplicação do §5º do artigo 29 da Lei n.º 8.213/91 deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. RENDA MENSAL INICIAL. CORREÇÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. ÍNDICE DE 39,67%. SEGURADO BENEFICIÁRIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQÜENTE.

(...)

2. Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade pelo segurado ocorreu quando da concessão do auxílio-doença, motivo pelo qual a Renda Mensal Inicial da aposentadoria por invalidez será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

3. Incide, nesse caso, o art. 36, § 7º do Decreto 3.048/99, que determina que o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

4. **Cumprе esclarecer que, nos termos do art. 55, II da Lei 8.213/91, somente se admite a contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo. Assim, nessa situação, haveria possibilidade de se efetuar novo cálculo para o benefício de aposentadoria por invalidez, incidindo o disposto no art. 29, § 5º da Lei 8.213/91, que determina que os salários-de-benefícios pagos a título de auxílio-doença sejam considerados como salário-de-contribuição, para definir o valor da Renda Mensal Inicial da aposentadoria.**

(...)"

(Superior Tribunal de Justiça - Quinta Turma -RESP 1016678/RS -- Relator Ministro Napoleão Nunes maia Filho - Julgado em 24.04.2008 - Publicado em DJE de 26.05.2008)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. DECISÃO MANTIDA.

1. O entendimento traçado na decisão monocrática com a qual se baseia o recorrente para sustentar sua tese não se coaduna com o caso em estudo, pois no precedente colacionado pelo agravante, não se tratou sobre a inexistência de salários-de-contribuição.

2. **A contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade só é admissível se entremeado com período de contribuição, a teor do artigo 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, pode-se calcular o benefício de aposentadoria com a incidência do artigo 29, § 5º, da aludida lei.**

3. O salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez equivale a 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anterior a ela, em conformidade com o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/1999.

4. Agravo regimental improvido."

(STJ; AgRg 1017520/SC; 5ª Turma; Relator Ministro Jorge Mussi; DJE 29/09/2008)

Destarte, aplicável, no presente caso o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil:

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior"

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

No caso em análise, concedido o auxílio-doença em **13/04/1992, o salário-de-contribuição de fevereiro de 1994 não integrou o Período Básico de Cálculo do benefício**, de modo que o mesmo não faz jus ao recálculo da renda mensal inicial com a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% no salário-de-contribuição.

Posto isso, **nego seguimento à apelação da parte autora**, nos termos do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo, na íntegra, a doughta decisão recorrida.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003735-33.2007.4.03.6125/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL
APELANTE : MARIA IRACY CHELIGA
ADVOGADO : CARLOS APARECIDO DE ARAUJO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : FERNANDA MOREIRA DOS SANTOS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00037353320074036125 1 Vr OURINHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 05-11-2007 em face do INSS, citado em 03-10-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o implemento do requisito etário em 23-06-1986.

A r. sentença proferida em 19-05-2010 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que estaria a prova testemunhal frágil, inconsistente, a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

D E C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que estaria a prova testemunhal frágil, inconsistente, a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a autora, nascida em 23-06-1931, que sempre foi trabalhadora rural, tendo trabalhado em regime de economia familiar.

A autora juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 06-11-1948, com Argemiro Cheliga, qualificado como lavrador (fl. 08), contratos particulares de arrendamento de terras, no distrito e município de Ribeirão do Sul, constando o marido da autora como arrendatário, de uma gleba de terra de 04 alqueires, a partir de junho de 1966 até junho de 1968 e de uma gleba de terra de sete alqueires e meio, no período de 11-11-1968 a 11-06-1971 (fls. 10/11), cédulas rurais pignoratícias e nota de crédito rural, para financiamento de custeio de lavoura, referentes aos anos de 1967/1969 (fls. 12/14) e recibo de pagamento, datado de 20-03-1971, referente à comercialização de mercadoria (fl. 15).

Cumpra estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênha para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como "início de prova". O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

Por outro lado, a prova testemunhal colhida nos autos mostra-se frágil, em desconformidade com o alegado pela parte autora na inicial, **não se servindo a comprovar, assim, o efetivo labor durante o lapso temporal exigido** nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica nos depoimentos acostados nas fls. 60/62.

Nota-se que, a testemunha Avenor Eugenio declarou que conhece a autora desde 1963, que acredita que ela trabalhou na roça até 1970/1971, que seu marido saiu da roça e foi trabalhar na Prefeitura de Ribeirão do Sul - SP e na Sabesp, e não soube informar há quanto tempo isso ocorreu.

Da mesma forma, a testemunha Onivaldo Manso declarou que não viu a autora trabalhando na atividade rural e as informações que tem sobre ela conseguiu com sua família, e, a testemunha Aparecida Deolindo da Silva, por sua vez, declarou que conheceu a autora a partir de 1979, e que, desde esta data, ela exerce atividades do lar.

E, por fim, observa-se em consulta feita por este Relator ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), que o marido da parte autora trabalhou junto à Prefeitura de Ribeirão do Sul no período de 17-01-1979 a 30-04-1980 e junto à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, no período de 02-05-1980 a 13-02-1995, e está aposentado por idade desde 19-11-1993, no ramo de atividade de servidor público, o que inviabiliza, por completo, a procedência da ação, tendo em vista que este não mais laborava nas lides rurais.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, em face da fragilidade existente na prova testemunhal a corroborar a prova material, restando evidente a contradição das informações prestadas, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0036995-85.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.036995-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : DANIEL TADEU DA SILVA

ADVOGADO : JULIANO DOS SANTOS PEREIRA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LAERCIO PEREIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00048-6 1 Vr MATAO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por Daniel Tadeu da Silva, em face de sentença proferida em ação que objetiva a concessão de pensão por morte, na condição de filho inválido da *de cujus*, com óbito ocorrido em 24.11.2003.

O juízo *a quo* rejeitou o pedido formulado pelo autor. Sucumbente, o autor arcará com as despesas processuais e com honorários advocatícios fixados em R\$ 415,00, ficando a execução dessas verbas condicionadas à hipótese do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Em razões recursais, o autor sustenta, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, razão pela qual requer a anulação da r. sentença para que seja esclarecido o laudo pericial impugnado e que seja realizada nova perícia. No mérito, sustenta, em síntese, que restou comprovada a sua incapacidade para exercer qualquer tipo de trabalho, além do que era dependente economicamente da sua mãe falecida. Requer a reforma da r. sentença com condenação do INSS ao benefício de pensão por morte, mais custas e honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento).

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, afasto a ocorrência de cerceamento de defesa pela não designação de nova perícia médica, uma vez que a perícia realizada nos autos foi efetuada por perito oficial do IMESC, não tendo a parte autora demonstrado a

ocorrência de qualquer vício que pudesse acarretar a sua nulidade, além do que cabe ao juiz determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, nos termos dos artigos 130 e 437 do Código de Processo Civil e, no presente caso, verifica-se que as provas produzidas nos autos são suficientes à elucidação da questão referente à incapacidade da parte autora. Nestes termos, *in verbis*:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR E CAPAZ. AUSÊNCIA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE COM RELAÇÃO AO DE CUJUS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

- Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. A parte autora não apresentou nenhum fato ou fundamento que justificasse tal providência, visto que em nenhum momento indicou contradições, omissões ou eventual falha no trabalho do expert. Cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, inclusive, no que diz respeito à realização de nova perícia. Trata-se, portanto, de faculdade do juiz em determinar a realização de outras provas, diante da análise da suficiência da prova pericial já produzida nos autos (artigos 130 e 437 do CPC).

- (...).

- Preliminar rejeitada e apelação da parte autora improvida.

(AC nº 2007.03.99.015963-6, Rel. Des. Federal Vera Jucovsky, Dj 21.07.2008, DJF3 26.08.2008)

No mérito, nos termos do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, dois são os requisitos para a concessão do benefício de pensão por morte, quais sejam: a qualidade de segurado do falecido e a dependência econômica do beneficiário postulante. Dispensada está, portanto, a demonstração do período de carência, consoante regra expressa no artigo 26, I, da Lei nº 8.213/91.

No presente caso, não há controvérsia acerca da qualidade de segurada da *de cujus*, já que esta recebia benefício de auxílio-doença (NB-125745129-1 - fls. 146) quando do seu óbito, além do que o seu marido recebeu o benefício de pensão por morte até o seu falecimento (NB 129.910.990-7 - fls. 144).

A questão cinge-se sobre a comprovação da dependência econômica do autor em relação à sua falecida mãe.

Do laudo médico elaborado pelo perito judicial de fls. 82/84, realizado em 13.08.2007, verifica-se que o autor não apresenta quaisquer sinais ou sintomas de desenvolvimento mental retardado, distúrbios psíquicos, dependência de álcool ou drogas, nem há referências pregressas, demonstrando integralidade das capacidades de discernimento, entendimento e determinação, sendo considerado, sob a óptica médico-legal psiquiátrica, capaz para os atos da vida civil e para atividades laborativas que lhe garantam a subsistência e para a vida independente. Ademais, verifica-se que a parte autora trouxe documentos médicos (fls. 16/19, 43 e 106) com datas a partir de 2005, ou seja, insuficientes para comprovar a invalidez da parte autora no momento do óbito da *de cujus*. Embora as testemunhas (fls. 56/59) tenham afirmado que o autor sempre foi incapacitado para o trabalho, a prova somente oral não basta para esta comprovação, além do que não serve para desconsiderar as conclusões de laudo elaborado por perito oficial. Por fim, observa-se que o autor passou a receber auxílio-doença somente em 04.11.2004 (fls. 91) de modo que não é possível comprovar a sua invalidez à época do óbito da sua mãe falecida (24.11.2003).

Com isso, verifica-se pelo conjunto probatório que não restou demonstrada a invalidez do autor no momento do óbito da segurada, e, conseqüentemente, a sua qualidade de dependente, razão pela qual deve ser mantida a r. sentença.

Nestes termos, segue orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. INVALIDEZ NÃO-PREEXISTENTE AO ÓBITO DO SEGURADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Se ao tempo do óbito do segurado a ora Agravante não sustentava a qualidade de dependente, em razão da idade, bem como pela doença incapacitante ser superveniente ao infortúnio, consoante afirmado pelo Tribunal de origem, não detinha, à época, direito ao recebimento do benefício pensão por morte.

2. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo desprovido.

(AgRg no AI nº 1.097.298/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 27.04.2009, v.u., DJ 25/05/2009).

Decidiu também esta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO RETIDO. QUALIDADE DE SEGURADO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. FILHO INVÁLIDO. NÃO COMPROVAÇÃO DA INVALIDEZ PRECEDENTE AO ÓBITO.

1- A teor do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil, a apreciação do agravo retido deve ser expressamente requerida, o que não foi feito.

2- O De Cujus, à época do óbito, usufruía benefício previdenciário, restando caracterizada a manutenção de sua qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, I da Lei n.º 8.213/91.

3- O filho inválido é dependente por presunção legal, a teor do disposto no artigo 16, inciso I e § 4º da Lei n.º 8.213/91.

4- Indevido o benefício de pensão por morte ao Autor, maior de 21 anos, visto não restar demonstrado nos autos a preexistência da invalidez ao falecimento do segurado.

5- Agravo retido não conhecido. Apelação da parte Autora desprovida. Sentença mantida.

(AC 2006.03.99.011755-8, Rel. Des. Fed. Santos Neves, 9ª T., j. 05.11.2007, v.u., DJU 13/12/2007).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA INVÁLIDA. INCAPACIDADE APÓS O ÓBITO DO SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. INOCORRÊNCIA.

I - Considerando que a incapacidade da autora teve início em 05/1996, conforme constatado por meio de perícia médica, e tendo ocorrido o óbito em 07/09/1986, é de se concluir que a autora tornou-se inválida após o falecimento do segurado instituidor, de molde a infirmar a sua condição de dependente como filha inválida.

II - Apelação da autora improvida.

(AC 2002.61.04.008674-2, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, 10ª T., j. 29.11.2005, v.u., DJU 21/12/2005).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. PENSÃO POR MORTE. L. 8.213/91, ART. 74. FILHA MAIOR NÃO INVÁLIDA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

I - Não faz jus, a filha maior, à pensão por morte da mãe, se não houver prova de que era inválida ao tempo do óbito.

II - Apelação desprovida.

(AC 2002.03.99.005535-3, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, 10ª T., j. 29.06.2004, v.u., DJU 30/07/2004).

Ausente, portanto, um dos requisitos necessários à concessão do benefício, é de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056865-19.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.056865-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : OSMAR MASSARI FILHO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : MARIA APARECIDA ARNALDO MARINHEIRO

ADVOGADO : GISLAINE FACCO

No. ORIG. : 06.00.00123-8 1 Vt OSVALDO CRUZ/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 29-09-2006 em face do INSS, citado em 11-01-2007, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 22-04-2008 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício pleiteado, a partir da citação, sendo os valores em atraso corrigidos monetariamente, desde o ajuizamento da ação, com incidência de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do STJ. Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela e determinada a imediata implantação do benefício, no lapso temporal improrrogável de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Inconformada, apela a autarquia, requerendo preliminarmente, o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela no presente caso, tendo em vista a ausência de provas inequívocas da verossimilhança das alegações da requerente e do perigo da irreversibilidade da decisão. Ademais, argumenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício. Caso mantido o *decisum*, requer a fixação da verba honorária em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa (R\$ 5.000,00).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora comprovou o exercício da atividade rural, bem como o requisito idade, dando ensejo à concessão da aposentadoria pleiteada.

Inconformada, apela a autarquia, requerendo preliminarmente, o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela no presente caso, tendo em vista a ausência de provas inequívocas da verossimilhança das alegações da requerente e do perigo da irreversibilidade da decisão. Ademais, argumenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício. Caso mantido o *decisum*, requer a fixação da verba honorária em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa (R\$ 5.000,00).

Inicialmente, a preliminar referente ao não cabimento da antecipação dos efeitos da tutela, por se tratar de uma consequência lógica da análise do mérito, posteriormente a ele será analisada.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a autora, nascida em 11-02-1951, que sempre foi trabalhadora rural, tendo trabalhado em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

A autora juntou aos autos a certidão do casamento de seus genitores, celebrado em 02-06-1934 (fl. 13) e a certidão de seu nascimento, lavrada em 20-02-1951 (fl. 14), ambos documentos qualificando seu pai como lavrador.

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada não é, por si só, suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que, os documentos apresentados nas fls. 13/14, referem-se à profissão exercida pelo genitor da autora, no momento de seu casamento e no momento do nascimento da requerente, não fazendo qualquer referência ao trabalho exercido pela demandante, impossibilitando, portanto, a extensão em favor da autora da condição de rurícola atribuída a seu pai, e, ademais, a requerente não acostou aos autos nenhum documento a comprovar o seu labor rural durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente, devendo, por consequência, ser cassada a tutela antecipada anteriormente concedida.

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, **dou provimento à apelação do INSS**, para julgar improcedente o pedido, devendo ser cassada a tutela anteriormente concedida. Deixo de condenar a parte autora nas verbas da sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0061233-71.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.061233-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : NILDA GLORIA BASSETO TREVISAN
: HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO : IZABEL MARIA FERREIRA

ADVOGADO : JANAINA DE OLIVEIRA

No. ORIG. : 07.00.00101-7 1 Vr PEDREIRA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 06-07-2007 em face do INSS, citado em 11-01-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde a data da citação.

A r. sentença proferida em 02-09-2008 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia a conceder o benefício pleiteado, a partir da citação, sendo os valores em atraso corrigidos monetariamente, com incidência de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado das parcelas vencidas.

Inconformada, apela a autarquia, alegando, preliminarmente, a ocorrência de litispendência, diante do processo nº 2008.03.99.018514-7, que veicula o mesmo pedido da presente ação. No mérito, sustenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

Distribuídos os autos, foi apontada a relação de prevenção deste feito com o de nº 2008.03.99.018514-7 e, cotejando os dois processos, a MM. Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel constatou a identidade entre os elementos da ação, reconhecendo a existência de prevenção, pelo que o presente feito foi redistribuído e apensado àquele.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a parte autora comprovou o exercício da atividade rural, bem como o requisito idade, dando ensejo à concessão da aposentadoria pleiteada.

Inconformada, apela a autarquia, alegando, preliminarmente, a ocorrência de litispendência, diante do processo nº 2008.03.99.018514-7, que veicula o mesmo pedido da presente ação. No mérito, sustenta que a parte autora não comprovou com os documentos apresentados ter preenchido os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Passo à análise da matéria processual.

No presente caso, verifica-se que a parte autora já havia ajuizado ação idêntica a esta, sob n.º 2008.03.99.018514-7, visando a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade.

Destarte, resta evidente a ocorrência de litispendência quanto a esta ação, distribuída posteriormente àquele feito, tendo em vista a reiteração de pretensão ajuizada anteriormente (artigo 301, § 3º, do Código de Processo Civil).

Anoto, outrossim, que até mesmo os documentos juntados como início razoável de prova material em ambos os processos são basicamente os mesmos.

Nelson Nery Junior nos ensina que : "*Dá-se litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, isto é, quando a ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). A segunda ação tem de ser extinta sem conhecimento de mérito.*"(Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, ano 2003, pág. 628)

Destarte, diante da ocorrência de litispendência, cumpre julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

Isto posto, **acolho a matéria preliminar de litispendência e, com fulcro no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267, inciso V, do mesmo diploma legal.** Deixo de condenar a parte autora nas verbas de sucumbência por ser beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 25 de outubro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0063186-70.2008.4.03.9999/SP
2008.03.99.063186-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : INEZ MARIA MENDES

ADVOGADO : LUIZ DONIZETI DE SOUZA FURTADO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : PAULO MEDEIROS ANDRE

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00081-2 1 Vr CAPAO BONITO/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 07-08-2007 em face do INSS, citado em 17-09-2007, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o ajuizamento da ação.

A r. sentença proferida em 05-09-2008 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não restou caracterizado o exercício da atividade rural em regime de economia familiar, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que sob o fundamento de que não restou caracterizado o exercício da atividade rural em regime de economia familiar, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a autora, nascida em 12-10-1950, que sempre foi trabalhadora rural, em regime de economia familiar.

A autora juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 27-09-1975, com Francisco Antonio Mendes, qualificado como operário (fl. 08), matrícula do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Capão Bonito, em nome do marido da autora, datado de 29-10-1984, qualificando-o como trabalhador rural (fl. 09), certificado de cadastro do INCRA, anos 1998/1999, em nome do sogro da autora, referente a um imóvel rural de área 16,90 ha (dezesseis hectares e noventa ares), classificado como pequena propriedade (fl. 11) e CTPS própria com registro da atividade de servente na "Empresa Brasileira de Saneamento e Comércio Ltda" - Brasanitas, no período de 24-05-1993 a 12-07-1999 (fls. 46/47).

Cumpra esclarecer o que se entende por regime de economia familiar. Aduz o art.11, §1º, da Lei n.º 8.213/91, que esta forma de exercício rural refere-se à atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Ao compulsar dos autos, verifica-se não haver documentos hábeis a demonstrar ter sido a autora lavradeira, em regime de economia familiar, como afirmado na inicial, uma vez que as cópias da CTPS da autora acostada nas fls. 46/47, demonstram registro na atividade de **servente na "Empresa Brasileira de Saneamento e Comércio Ltda" - Brasanitas, no período de 24-05-1993 a 12-07-1999** o que é corroborado pelo Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, da fl. 41, que informa ainda, registro anterior junto à **Empresa "Sanibra Comércio e Administração de Serviços Ltda", no período de 24-05-1993 a junho/1998**, outrossim, verifica-se que o marido da requerente também deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano, conforme se verifica do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) - fl. 38, com registros em **empresas de cunho eminentemente urbano, a partir de 11-02-1977**, demonstrando, portanto, que tanto a autora quanto seu cônjuge não mais exerciam o labor rural, nos moldes preconizados pela legislação previdenciária para fazer jus ao benefício pleiteado.

Destarte, por não ser enquadrada a sua atividade nos limites do conceito de "regime de economia familiar", imprescindíveis tornam-se as contribuições previdenciárias que, no presente caso, não foram recolhidas pela parte autora.

É neste sentido o entendimento jurisprudencial:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. DESCARACTERIZAÇÃO. CNIS. CONFIGURADO TRABALHO URBANO DA AUTORA. PROVA TESTEMUNHAL IMPRECISA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Remessa oficial, tida por interposta, de sentença proferida na vigência da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Não incide, na hipótese, os artigos 475, § 2º, do Código de Processo Civil ou 13 da Lei nº 10.259/01, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 salários mínimos.

2. Reconhecimento de tempo de serviço prestado na condição de trabalhadora rural exige início razoável de prova material. É inadmissível prova exclusivamente testemunhal.

3. Quanto à questão da apresentação de documentos juntados após as razões do recurso, adoto o entendimento predominante nesta Corte de que os documentos comprobatórios da qualidade de trabalhador rural ou urbano podem ser juntados, inclusive, na fase recursal. (AR 2006.01.00.010274-6/MG, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Seção, DJ de 13/04/2007, p.03).

4. O benefício da aposentadoria por idade é concedido mediante a comprovação da condição de trabalhador rural, ou de produtor rural em regime de economia familiar, por prova material plena ou por prova testemunhal baseada em início de prova documental, na forma do art. 39, I, da Lei n. 8.213/91, bem como a idade superior a 60 anos para homem e 55 anos para mulher.

5. No presente caso, foi colacionada aos autos pela autora cópia da certidão de registro civil de seu casamento realizado em 2/6/1972 (fl. 12), na qual consta a profissão de lavrador do marido, condição extensível à esposa, cópia de carteira de identidade de beneficiário do INAMPS do seu marido, na qual consta a qualificação de trabalhador rural, válida até 9/1990.

6. Configuram, pois, os documentos elencados início razoável de prova material da atividade de rurícola em atenção à solução pro misero, adotada no âmbito do Colendo STJ e pelos Tribunais Regionais Federais. O entendimento foi, inclusive, recebido pela Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, pela Súmula nº 6, que enuncia: "A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade rurícola".

7. Contudo, o INSS juntou às fls. 57/66 (CNIS) comprovando que a autora possui vínculo empregatício estatutário, em labor urbano, com a Prefeitura Municipal de Vazante, desde 16/2/1995. Os recolhimentos foram, igualmente,

comprovados por todo período. Além disso, a autora tem inscrição na filiação de contribuinte individual (costureiro em geral), pelo período de desde 10/7/1997 a 31/12/1999.

8. Assim, no presente caso, em face das informações trazidas aos autos, houve descaracterização da atividade campesina da autora, vez que a mesma é urbana.

9. Ademais, havendo contradição ou sendo imprecisa as provas testemunhais quanto ao exercício de atividade rural, ainda que juntado aos autos início de prova material, deve ser indeferido o pedido de aposentadoria rural.

10. Os honorários de advogado devem ser fixados em R\$ 510,00, com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Fica suspensa a condenação na verba de sucumbência enquanto perdurar a situação de pobreza da autora, pelo prazo máximo de cinco anos (Lei nº 1.060/50, art. 12).

11. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas, para julgar improcedente o pedido inicial. Cassada a antecipação de tutela concedida na sentença."

(AC - APELAÇÃO CIVEL - 200901990600310, por unanimidade, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, SEGUNDA TURMA, e-DJFI DATA:15/07/2010 PAGINA:68)

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PERÍODO DE CARÊNCIA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REMUNERADA. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. DESCARACTERIZAÇÃO.

1. Conforme dispõe o art. 11, inciso VII, § 1º, da Lei n.º 8.213/91 "entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados." (sem grifos no original.)

2. Ao que se vê, para a caracterização do regime de economia familiar, é exigência legal que o labor rurícola seja indispensável à subsistência do trabalhador.

3. Na hipótese em apreço, tendo a Corte de origem reconhecido que houve o exercício de atividade urbana durante o período de carência, identificando-a, aliás, como sendo a atividade principal, resta afastada a indispensabilidade do labor rurícola do Autor para a sua subsistência, o que impossibilita o reconhecimento de sua condição de segurado especial pelo regime de economia familiar.

4. Ademais, as alegações expendidas nas razões do presente recurso, no sentido de que o agravante jamais se afastou das lides rurais e de que o exercício de atividade urbana no período de carência não tornou dispensável a atividade agrícola, são matérias de natureza eminentemente fático-probatórias, sendo impossível sua apreciação em sede de recurso especial em razão do óbice previsto no enunciado da Súmula n.º 07 desta Corte.

5. Agravo regimental desprovido."

(AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 594206, QUINTA TURMA, Relatora LAURITA VAZ, DJ DATA:02/05/2005 PG:00395)

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, em face da descaracterização do exercício da atividade rural em regime de economia familiar e, por conseguinte, da não comprovação de recolhimentos ao erário público, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0063413-60.2008.4.03.9999/SP

2008.03.99.063413-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : LIRIA PAES DE CAMARGO

ADVOGADO : PAULO EDUARDO NICOLETT

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CAIO BATISTA MUZEL GOMES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00249-3 1 Vr BURI/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 14-02-2008 em face do INSS, citado em 17-03-2008, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde 20-09-1984.

A r. sentença proferida em 18-07-2008 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante a carência mínima exigida pela legislação previdenciária, de modo que a requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega a autora, nascida em 20-10-1951, que sempre foi trabalhadora rural, tendo trabalhado em regime de economia familiar, bem como na condição de diarista.

A autora juntou aos autos a certidão de seu nascimento, lavrada em 05-11-1970 (fl. 09), certificado de dispensa de incorporação, datado de 20-04-1976, qualificando o seu marido como lavrador (fl. 11), CTPS, sem a cópia da página da qualificação civil do portador, com registro de atividade rural nos períodos de 01-10-1975 a 14-11-1975 e 01-04-1977 a 28-04-1978 (fl. 12) e a certidão de seu casamento, celebrado em 23-01-1993, com João Batista Rodrigues, qualificado como operador de máquinas (fl. 10).

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

*"...prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, **início de prova não é comprovação plena. É um começo.** Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."*

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, n.º 17/95 pág. 241).

In casu, nota-se que a prova documental apresentada, em nome do marido, não é suficiente para a comprovação de efetivo exercício de atividade rural pela parte autora pelo tempo necessário à concessão do benefício, nos termos da legislação previdenciária, uma vez que seu marido deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano, conforme se verifica do documento mais recente acostado pela autora na fl. 10, o qual o qualifica como **operador de máquinas**, demonstrando, portanto, que o mesmo não mais exercia trabalho nas lides rurais e verifica-se, dessa forma, que os documentos das fls. 11/12, também não tem o condão de amparar a pretensão da requerente, pois são datados mais remotamente, inclusive, anterior ao enlace matrimonial, restando assim, prejudicados e, ademais, a parte autora não apresentou nenhum documento posterior em seu nome, a comprovar o seu labor nas lides rurais pelo tempo preconizado pela legislação previdenciária.

Ainda, a requerente acostou na fl. 09, a sua certidão de nascimento, de 05-11-1970, todavia, tal documento não pode ser considerado como início de prova material para comprovar a atividade rural realizada pela parte autora, uma vez que esta não apresenta sequer a qualificação dos genitores.

Assim, restam apenas os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo que, isoladamente, não são suficientes para comprovar tempo de serviço destinado à concessão de benefício previdenciário, conforme o entendimento da Súmula n.º 149 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: *"A prova testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"*.

Nesse sentido, já decidi esta Egrégia Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SÚMULA Nº 149 DO E.STJ. 1.A comprovação de tempo de serviço exige ao menos início de prova documental, ao teor da Súmula nº 149, do E.STJ, não servindo para tanto prova exclusivamente testemunhal.

2.(...)

3.O acolhimento de prova exclusivamente testemunhal para comprovar tempo de trabalho (especialmente visando aposentadoria por idade ou invalidez) somente é possível se a ausência de início de prova documental for compensada por testemunho detalhado, corroborado por documentos que permitam presumir, com segurança, a atividade desenvolvida, o que não consta dos autos. 4.Honorários mantidos e custas na forma da lei, aplicando-se o art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista ter o feito sido processado sob os benefícios da justiça gratuita.

5.Remessa oficial à qual se dá provimento."

(TRF 3ª Região, AC. 97.03.072754-9/SP, Rel. Conv. Juiz Carlos Francisco, 2º T., D. : 30/09/2002, DJU DATA:06/12/2002, PÁGINA: 468).

"PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 149 DO E. STJ. APLICABILIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - Remessa oficial não conhecida, tendo em vista a nova redação do artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei nº 10.352/2001.

II - Considerando que a autora completou 55 anos em 24.07.1994 (fl. 09) e que o labor rural deveria ser comprovado no período anterior a tal data, ainda que de forma descontínua, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de PROVA material desse período.

III - Somente com base em depoimentos de testemunhas não se reconhece o suposto período de exercício de atividade laborativa cumprido pela autora, uma vez que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a produção de PROVA exclusivamente testemunhal é insuficiente para tal fim (Súmula 149 do E. STJ). IV - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos art. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). V - Remessa oficial não conhecida. Feito julgado extinto sem julgamento do mérito. Apelação do INSS prejudicada."

(TRF 3ª REGIÃO, AC: 2002.61.23.001655-6/SP, 10º T., REL. DES. SERGIO NASCIMENTO, D.: 21/03/2006, DJU DATA:07/04/2006, PÁGINA: 803).

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

WALTER DO AMARAL

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000692-81.2008.4.03.6116/SP
2008.61.16.000692-2/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : FLAUSINA PAIS DA SILVA

ADVOGADO : JOÃO LUIZ ARLINDO FABOSI e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSE RENATO DE LARA E SILVA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por FLAUSINA PAIS DA SILVA em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 13.04.1999), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, deixando de condenar a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em razões recursais, aduz a parte autora, em síntese, que para a conversão do benefício originário em aposentadoria por invalidez o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença,

limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. *Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.*

2. *Agravo regimental improvido."*

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- *Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.*

- *Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.*

- *Agravo regimental provido."*

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99.

I - *Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.*

II - *Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: 'A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.'*

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. *Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.*

Precedentes.

2. *A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.*

3. *Agravo regimental desprovido."*

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - *O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.*

II - *Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos*

indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 15.05.1996, o qual foi cessado em 12.04.1999 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 13.04.1999 (fls. 25/26).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 13.04.1999) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 15.05.1996, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003180-97.2008.4.03.6119/SP

2008.61.19.003180-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : ZENILDA SOUSA SANTOS

ADVOGADO : FLÁVIA ALESSANDRA ROSA ALENCAR e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ALESSANDER JANNUCCI e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00031809720084036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação ordinária, promovida por ZENILDA SOUSA SANTOS contra INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, que julgou a lide improcedente, condenando a parte autora aos honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), cuja cobrança obedecerá ao art. 12 da Lei nº 1.060/50. Custas *ex lege*.

A apelante pretende a reforma do julgado, aduzindo em suas razões, em síntese, ser portadora de Fobia Social Grave, estando sob cuidados psiquiátricos, motivo pelo qual indevida a interrupção do auxílio-doença. Sustenta que a obesidade diagnosticada é passível de tratamento ambulatorial, entretanto no seu atual estado de saúde impossível praticar qualquer exercício físico necessário à recuperação.

Contrarrazões às fls. 131/133.

É o relatório. Decido.

O laudo judicial realizado no dia 6.6.08 aponta depressão e obesidade, males que não lhe suprimem a capacitação laborativa (fls. 67/70).

Inspeção médica ocorrida em 18.12.09 atesta Transtorno Misto Ansioso e Depressivo (CID10: F41.2), o que não lhe impede de trabalhar como vendedora, ofício que desempenhou ao longo de sua vida (fls. 95/100).

Esclareça-se que não se pode confundir o fato do experto reconhecer as doenças sofridas pela pericianda, mas não a inaptidão. Nem toda patologia apresenta-se como incapacitante.

Conquanto o sistema da livre persuasão racional permita ao julgador não se vincular às conclusões da perícia, não se divisa do feito nenhum elemento que indique o contrário do afirmado nos pareceres. Aliás, os documentos carreados cingem-se a atestados médicos não contemporâneos, emitidos por profissional particular, e embora diagnostiquem alguma enfermidade, não evidenciam ausência de capacidade para o labor (fls. 18/36). Portanto, não são hábeis a desconstituir a prova técnica produzida.

Neste sentido é a jurisprudência desta E. Turma:

Processo:2008.61.27.002672-1 UF:SP Órgão Julgador:DÉCIMA TURMA

Data do Julgamento:16/06/2009 Fonte:DJF3 CJI DATA:24/06/2009 PÁGINA: 535

Relator:DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CERCEAMENTO DE DEFESA.

INOCORRÊNCIA. CAPACIDADE LABORATIVA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA

CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, ante a necessidade de formulação de quesitos complementares ou de designação de audiência de instrução e julgamento, a fim de que fosse produzida prova testemunhal e fossem prestados esclarecimentos pelo perito judicial, vez que suficientes os elementos constantes nos autos para o deslinde da matéria.

II - O laudo judicial revela que o autor não apresenta incapacidade laboral, revelando-se inviável a concessão dos benefícios pleiteados.

III - Suficientes os elementos contidos nos autos para o deslinde da matéria, tendo o perito indicado pelo Juízo fornecido respostas claras e objetivas, de modo a esclarecer quanto à capacidade laborativa do requerente, revela-se desnecessária a realização de novo exame médico por profissional especializado, como requer a parte autora.

IV - Não há condenação da parte autora aos ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

V - Preliminar argüida pela parte autora rejeitada. Apelação da parte autora, no mérito, improvida" (g.n.).
(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1407959).

Na linha de raciocínio do julgado acima, não há que se falar em ônus de sucumbência pela requerente, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50, torna a sentença um título judicial condicional (RE nº 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação aos encargos sucumbenciais e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença por estar em consonância com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça.

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e baixem-se os autos à Vara de Origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001426-08.2008.4.03.6124/SP
2008.61.24.001426-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : JOAO PEREIRA SILVA
ADVOGADO : CARINA CARMELA MORANDIN BARBOZA e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : GABRIEL HAYNE FIRMO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00014260820084036124 1 Vr JALES/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOÃO PEREIRA SILVA em face de sentença que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, ante o não preenchimento dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício. Condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, respeitada, contudo, sua condição de beneficiário da assistência judiciária gratuita. Custas *ex lege*.

Em suas razões recursais, a parte autora sustenta a suficiente comprovação da atividade rural, desenvolvida pelo prazo de carência necessário à concessão do benefício e requer a reforma integral da r. sentença.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos presentes autos diz respeito à comprovação do tempo de atividade rural, para o fim de propiciar a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A concessão de aposentadoria por idade rural depende do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 48 e 143 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o implemento da idade - 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, - e a comprovação do tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício, consoante prescrito no art. 142 do mesmo diploma legal.

Nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não basta a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rural, com o fim de obtenção de benefício previdenciário. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

No caso em exame, o autor completou 60 (sessenta) anos de idade em 17.06.2007 (fls. 11), devendo, assim, comprovar 156 (cento e cinquenta e seis) meses de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para obtenção do benefício.

Entretanto, da análise do conjunto probatório, verifica-se que o autor não logrou demonstrar o exercício de atividade rural em regime de economia familiar.

Como bem assinalou a r. sentença (fls. 123/125v.), *in verbis*:

"Por outro lado, no depoimento pessoal prestado pelo autor, à folha 109, reconheceu que residiria na cidade de Paranapuã há 19 anos, contando, atualmente, 62 anos de idade. Disse que era dono de apenas um imóvel urbano, e de quatro imóveis rústicos rurais. As propriedades rurais seriam denominadas Sítio São Judas Tadeu, com extensão de 40 alqueires, explorada com o cultivo de hortaliças e pastagens para o gado; Sítios São João I e II, com área total de 10 alqueires, exploradas com o plantio de hortaliças e 2 mil pés de eucaliptos; e Sítio Nossa Senhora Aparecida, com 10 alqueires, explorado com a criação de gado e com o plantio de 7 mil pés de eucaliptos. Segundo o autor, apenas trabalharia nos imóveis. No passado, teria se dedicado ao cultivo pessoal de hortaliças, havendo atualmente firmado arrendamentos com terceiros para tal fim. Seria dono de 180 cabeças de gado. Quando ainda se dedicava ao plantio de hortas, contratou empregados (e também empregava trabalhadores eventuais nas colheitas). Aqueles que são hoje arrendatários em suas propriedades, acabam cuidando do gado existente nas suas propriedades rurais.

Nota-se, portanto, pelo teor do depoimento, e pelas seguras informações dos documentos juntados aos autos, às folhas 23/27, e 43/48, que o autor é dono de área de terras superior àquela considerada máxima pela lei para o enquadramento previdenciário alegado, além de empregar, no desenvolvimento de suas atividades agropecuárias, o trabalho remunerado de terceiros. Não reside no campo, senão na cidade de Paranapuã.

Vejo, também, às folhas 90/91, que já esteve inscrito como empresário junto ao INSS, e nesta condição recolheu contribuições sociais voluntárias ao RGPS (v. folhas 27/34).

As testemunhas ouvidas, às folhas 110/111, Domingos Trídico e Antônio Tezon, confirmaram que o autor sempre se dedicou, como proprietário de terras, ao trabalho agropecuário, e que, para tanto, valia-se da contratação de terceiros, seja na condição de eventuais rurais, ou mesmo na forma de arrendatários.

Da mesma forma, as notas de produtor rural juntadas aos autos, indicam que a produção agropecuária existente nos imóveis de titularidade do autor não podia ser considerada pouca, fato este derivado da extensão total das propriedades, e do concurso de outros trabalhadores empregados nas atividades.

Portanto, no caso concreto, ao contrário do pretendido, o autor não está enquadrado na classe dos segurados especiais, e sim na dos contribuintes individuais (V. art. 11, inciso V, letra a, da Lei nº 8.213/91 - "V - como contribuinte individual: a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais ou quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 9º e 10º deste artigo". Estes segurados, para terem direito a benefícios, devem contribuir, voluntariamente para o Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Não havendo contribuições voluntárias vertidas por parte do autor, não há espaço para a concessão de aposentadoria por idade."

Destarte, restou descaracterizado o alegado trabalho em regime de economia familiar, não havendo como reconhecer o direito ao benefício pleiteado. Neste sentido, o entendimento desta E. Corte, consoante julgados abaixo:

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA.

I. Para a comprovação da atividade laborativa exercida nas lides rurais, sem o devido registro em carteira, torna-se necessária a apresentação de um início razoável de prova material corroborada pela prova testemunhal.

II. Inviável a concessão do benefício pleiteado, em face da descaracterização do exercício da atividade rural em regime de economia familiar e, por conseguinte, da não comprovação de recolhimento ao erário público.

III. Agravo a que se nega provimento."

(AC 2005.61.22.000104-1, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, Sétima Turma, j. 26.04.2010, DJ 05.05.2010)

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. PROVA. AUSÊNCIA.

I-In casu, as provas exibidas não constituem um conjunto harmônico a fim de comprovar que a parte autora tenha exercido atividades no campo em regime de economia familiar.

II-Não foram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício, consoante dispõe o art. 143 da Lei de Benefícios, com a nova redação dada pela Lei nº 9.063/95. Precedentes jurisprudenciais.

III-Apeleção improvida."

(AC 2005.60.07.000886-0, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca, Oitava Turma, j. 24.08.2009, DJ 13.10.2009)

"EMENTA

PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AGRAVO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR NÃO CARACTERIZADO.

I - Não se amoldando a situação fática ao conceito de regime de economia familiar, fica ilidida a condição de segurada especial da autora.

II - Inexistindo elementos que atestem o recolhimento de contribuições previdenciárias, é de ser negado o benefício de aposentadoria por idade.

III - Não há condenação da autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Recurso da autarquia provido."

(AC 2008.03.99.058275-6, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 02.06.2009, DJ 17.06.2009)

Assim, não restou comprovado o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício pleiteado, em especial o exercício de atividade rural em regime de economia familiar, pelo que merece ser mantida a sentença recorrida.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009707-31.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.009707-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : LUIZ GUILHERME MARTINS PONTES

ADVOGADO : CLEITON LEAL DIAS JUNIOR

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 07.00.00260-8 1 Vr GUARUJA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por LUIZ GUILHERME MARTINS PONTES em ação de revisão de benefício previdenciário, onde se objetiva a revisão da aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 17.08.2007) com base na Resolução da Primeira Tábua Completa de Mortalidade de 1999 e não da Tábua de 2003.

Regularmente citada, a autarquia apresentou contestação às fls. 29/30, pugnando pela improcedência do pedido.

A r. sentença julgou improcedente a ação, condenando o autor em honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa atualizado, condicionada a execução à prova de sua condição econômica para suportá-lo.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, a impossibilidade legal de aplicação nas aposentadorias de tábua de mortalidade calculada de modo diverso do daquele determinado na lei que instituiu o fator previdenciário, o autor tinha direito adquirido a aposentadoria antes da modificação desses critérios, não devendo ser inserida em sua aposentadoria a tábua de 2004, mas sim a anterior. Requer o provimento do recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem

retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.
 - Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.
 - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.
 - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.
 - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.
 - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.
 - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.
 - É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.
 - Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).
 - Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
 - Agravo legal desprovido."
- (AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

- I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.
- II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.
- III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.
- IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.
- V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário. Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irrisignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011762-52.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.011762-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

APELANTE : DARCI FERREIRA

ADVOGADO : SANDRA MARIA LUCAS

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : EVARISTO SOUZA DA SILVA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 06.00.00084-6 1 Vr CACHOEIRA PAULISTA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 14-06-2006 em face do INSS, citado em 17-11-2006, pleiteando o benefício da aposentadoria por idade, prevista no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91, desde o ajuizamento da ação.

A r. sentença proferida em 05-09-1999 julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que o requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$415,00 (quatrocentos e quinze reais), suspendendo a sua exigibilidade por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que os documentos juntados aos autos, corroborados pela prova testemunhal, demonstram que trabalhou na condição de rurícola durante toda a sua vida, motivo pelo qual requer a reforma da r. sentença, com a consequente condenação da autarquia ao pagamento do benefício requerido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

DE C I D O.

A sentença recorrida julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não há nos autos início de prova material e testemunhal a comprovar o efetivo labor da parte autora nas lides rurais durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, de modo que o requerente não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício. Inconformada, apela a parte autora alegando, em síntese, que preencheu os requisitos legais necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Passo, então, à análise da questão.

Nos termos da inicial, alega o autor, nascido em 10-04-1944, que durante toda a sua vida sempre laborou nos meios rurais, na condição de diarista.

Como início de prova material da atividade rural exercida, o requerente juntou aos autos a certidão de seu casamento, celebrado em 13-08-1966 (fl. 06) e o título eleitoral, emitido em 20-05-1963 (fl. 07), constando em ambos os documentos sua qualificação como lavrador.

Inicialmente, cumpre estabelecer o que vem a ser início de prova material e para tanto, peço vênia para transcrever a lição do Ilustre Professor Anníbal Fernandes, *in verbis*:

"... prova material é uma prova objetiva, tendo como espécie do gênero a prova escrita; embora, na maior parte dos casos analisados se busque obter um escrito como 'início de prova'. O ponto é importante, pois uma fotografia pode constituir-se em início de prova material, não sendo porém, um escrito. Com escusas pela obviedade, início de prova não é comprovação plena. É um começo. Didaticamente, parece o indício do Direito Penal, que é uma pista, vestígio, um fato..."

(in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro/95, nº 17/95 pág. 241).

"In casu", nota-se que a prova documental apresentada não é suficiente para a configuração de início razoável de prova material, visto que os documentos apresentados, em que constam a profissão do autor como lavrador não podem ser aproveitados, uma vez que este deixou de trabalhar nas lides rurais, tornando-se empregado urbano com registros em CTPS a partir de 1975, conforme se verifica do resultado da pesquisa promovida no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS-DATAPREV) acostado na fl. 30, sendo que o requerente não juntou nenhum documento posterior em seu nome a comprovar a alegada atividade rural exercida.

Ademais, a prova testemunhal colhida nos autos mostra-se imprecisa, não servindo à comprovação, assim, do efetivo labor durante o lapso temporal exigido nos termos da legislação previdenciária, conforme se verifica no depoimento da fl. 41, aqui transcritos:

Raul Ignácio de Souza: *"Conhece o autor há mais de 60 anos. O autor tem andado doente e parou de trabalhar há mais de um ano. O autor trabalhou para o depoente prestando serviços rurais durante dez anos. Não sabe dizer a data em que ele começou, sendo que parou de trabalhar a um ano atrás. O autor executava serviços de plantação, nem todos os dias. O autor trabalhava para o depoente uma média de 15 dias úteis por mês, recebendo pagamento semanalmente; sem registro em Carteira de Trabalho. O depoente é arrendatário de uma área de meio alqueire no Bairro do Quilombo. Paga R\$ 600,00 de arrendo por ano para "Kid". Não sabe dizer seu nome, apenas seu apelido. Não tem contrato escrito de arrendamento. Planta mandioca, abóbora e inhame no sítio. Pagava ao autor dez reais por dia. Não sabe dizer o mês que o autor parou de lhe prestar serviços, porém afirma que foi no ano passado. Não sabe dizer o nome de outras pessoas para quem o autor trabalhava. Não sabe dizer o ano em que o autor começou a lhe prestar serviços rurais 'não marca nada dessas coisas' (in verbis)".*

Deste modo, nota-se que não há a comprovação efetiva do período de carência, pois a prova oral não confirma objetivamente a vinculação da parte autora ao tempo necessário de atividade rural exigido em Lei. Conclui-se não haver congruência entre o documento apresentado como início de prova material e a prova testemunhal colhida, não restando demonstrado que o autor sempre foi lavrador, como afirmado na inicial.

Assim, não estando presentes os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade, por ser o início de prova material insuficiente para a comprovação do labor rural alegado pela parte autora na exordial, bem como devido à fragilidade da prova testemunhal, deve a demanda ser julgada improcedente.

Isto posto, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação da parte autora**, mantendo, na íntegra, a doutra decisão recorrida.
Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.
WALTER DO AMARAL

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031343-53.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.031343-9/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOSE ORIDIO PINTO

ADVOGADO : MARCELO BASSI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : DINARTH FOGACA DE ALMEIDA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00209-8 3 Vr TATUI/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOSE ORIDIO PINTO em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 08.04.2002), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00, respeitadas as isenções legais de que porventura goze.

Em razões recursais, aduz a parte autora, em síntese, que nos casos de recebimento de benefício por incapacidade, deve ser considerado como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do auxílio-doença, devidamente reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, consoante dispõe o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. *Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.*

2. *Agravo regimental improvido."*

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- *Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.*

- *Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.*

- *Agravo regimental provido."*

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da

aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)
"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença 08.04.2002, o qual foi convertido em aposentadoria por invalidez a partir de 16.03.2004 (fls. 28/33).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 08.04.2002, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0042090-62.2009.4.03.9999/SP

2009.03.99.042090-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : ONEIDE ROZARIO DA SILVA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : CLEBER RODRIGO MATIUZZI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : WAGNER DE OLIVEIRA PIEROTTI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00070-6 3 Vr SALTO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ONEIDE ROZARIO DA SILVA em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 02.10.2003), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Em razão da concessão da justiça gratuita, deixou de condenar a parte autora nas verbas da sucumbência.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, a aplicação *in casu* do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, pois efetivamente há perdas na sua aposentadoria por invalidez. Requer o provimento do presente apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, que a aplicação do disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91 à aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença consiste em contrariedade direta aos arts. 2º, 5º, *caput* e XXXVI, e 201, *caput* e § 1º, da CF, bem como aos preceitos constantes do art. 195, § 5º, da Carta Magna. Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, *verbis*: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 27.03.2001, o qual foi cessado em 01.10.2003 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 02.10.2003 (fls. 12/14 e 49/50).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 02.10.2003) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 27.03.2001, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0042193-69.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.042193-5/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : LUCIA HELENA FIOCO

ADVOGADO : FERNANDO SILVÉRIO BORGES

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : CARLOS HENRIQUE MORCELLI

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 08.00.00057-9 1 Vr DESCALVADO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por LUCIA HELENA FIOCO em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 30.08.2004), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00, que ficará isenta de tais pagamentos por ser beneficiária da justiça gratuita.

Em razões recursais, aduz a parte autora, em síntese, que nos casos de recebimento de benefício por incapacidade, deve ser considerado como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do auxílio-doença, devidamente reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, consoante dispõe o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: 'A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.'

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.
- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.
- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.
- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)
"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

- Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 08.12.2001, o qual foi cessado em 29.08.2004 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 30.08.2004 (fls. 08/10 e extrato da DATAPREV em anexo a esta decisão).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 30.08.2004) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 08.12.2001, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00021 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0001719-07.2009.4.03.6103/SP
2009.61.03.001719-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : MARIA DA GLORIA PICCOLO DA SILVA

ADVOGADO : ANDRÉ SOUTO RACHID HATUN e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : LUIS ANTONIO MIRANDA AMORIM SILVA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00017190720094036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação do impetrante e remessa oficial no mandado de segurança em que a impetrante objetiva a conclusão do processo administrativo com a expedição de certidão de tempo de serviço, com a separação dos vínculos a serem utilizados em cada órgão público (Prefeitura Municipal de Jacareí e de São José dos Campos).

Alega a impetrante que é servidora pública das Prefeituras de Jacareí e São José dos Campos, exercendo o cargo de médica e que já possui a certidão de tempo de serviço com a averbação da atividade especial exercida. Porém, necessita que os períodos concomitantes laborados sejam desmembrados para utilização em cada órgão público para fins de aposentadoria. Aduz que tal pedido foi efetuado perante o INSS em 17.9.2008 e ainda não foi concluído.

O MM. Juiz "a quo" julgou parcialmente procedente o pedido para determinar à autoridade coatora a concluir o procedimento administrativo.

Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição.

Apelou a impetrante, pleiteando a reforma parcial da r. sentença "para que levando em consideração os elementos dos autos, determinando a expedição da certidão de tempo de contribuição com os devidos desmembramentos, separando os vínculos a serem utilizados em cada órgão, em que a requerente exerceu sua atividade."

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

A d. Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo não provimento do recurso.

É o relatório. Decido.

A inércia do impetrado vulnera o princípio constitucional da eficiência administrativa (Art. 37, CF), bem como viola o direito à conclusão do processo administrativo em um prazo razoável, nos termos do Art. 5º, LXXXVIII, da CF.

Nesse sentido a jurisprudência assentada nas Turmas integrantes da Colenda 3ª Seção da Corte em casos análogos, "verbis":

PREVIDENCIÁRIO . MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DE CARÁTER SATISFATIVO. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO . CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. SUPERAÇÃO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO.

I - Não obstante o pedido mediato do impetrante tenha sido atendido, tendo em vista a análise documental procedida pelo INSS, não há se falar em perda de objeto, posto que tal proceder deveu-se à decisão liminar de fls. 20/21, cujos efeitos somente subsistem mediante o pronunciamento jurisdicional definitivo, que se concretiza no presente julgamento.

II - A injustificada demora na apreciação do pleito do impetrante (no momento da impetração já haviam transcorridos 15 meses) fere o princípio da razoabilidade, que norteia a ação da Administração Pública, gerando enorme insegurança jurídica aos administrados.

III - No tocante ao processo administrativo de natureza previdenciária, o artigo 41, §6º, da Lei nº 8.213/91, minudenciado pelo art. 174 do Decreto n. 3.048/99, estabelece o prazo de 45 dias para a apreciação de pedido de concessão de benefício. Ante a superação do aludido prazo, é de se dar guarida à pretensão mandamental.

IV - Remessa oficial desprovida.

(TRF3, REOMS 2007.61.26.001284-8, Relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, DJU DATA:30/04/2008 PÁGINA: 784) e

"PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE PAB - PRAZO PARA PROCESSAMENTO. LEI 9.784/1999 E 8.213/91 - NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA - LIMINAR CONCEDIDA E SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CUMPRIMENTO DA ORDEM EM SEDE LIMINAR. REMESSA OFICIAL CONHECIDA E IMPROVIDA.

- A Administração Pública tem o dever de obediência aos princípios da legalidade e da eficiência, previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, com observância do postulado do devido processo legal estabelecido no inciso LV do artigo 5º da Carta Política. Ademais, com o advento da EC 45/04 são assegurados a todos pelo inciso LXXVIII do artigo 5º a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

- A prática de atos processuais administrativos e respectiva decisão em matéria previdenciária encontram limites nas disposições dos artigos 1º, 2º, 24, 48 e 49 Lei 9.784/99, e 41, § 6º, da Lei 8.213/91.

- Deixando a Administração de concluir o procedimento administrativo de auditoria e de liberar o PAB referente aos valores atrasados gerados na concessão do benefício após mais de dois meses da DDB e a data da impetração do mandamus e considerando o transcurso anterior de prazo superior a dois anos entre o pleito administrativo e a sua apreciação final - resta caracterizada ilegalidade, ainda que a inércia não decorra de voluntária omissão dos agentes públicos competentes, mas de problemas estruturais ou mesmo conjunturais da máquina estatal.

- Embora a medida liminar concedida tenha satisfeito os anseios da impetrante, a ação mandamental não dispensa o julgamento de mérito do pleito de segurança, mesmo que esse julgamento de mérito venha a confirmar a liminar, pois é o enfrentamento do mérito do questionamento que produzirá a coisa julgada entre administração e administrado. Não se pode olvidar que a extinção do processo sem o mérito levaria à cassação da liminar e redundaria na perda da proteção legal da situação jurídica do impetrante que voltaria a uma mera situação de fato.

- Remessa oficial conhecida, nos termos do disposto no art. 12, § único, da Lei nº 1.533/51, e a que se nega provimento."

(REOMS 2003.61.19.002599-4; 7ª Turma; Relatora Desembargadora Federal Eva Regina; d.j. 23.03.09)

Em relação ao pedido de expedição da certidão de tempo de contribuição com os devidos desmembramentos, separando os vínculos a serem utilizados em cada órgão municipal, como bem fundamentou a MM. Juíza "a quo", à fl. 134Vº : "Em momento algum a impetrante, por sua vez, fez prova do exercício da atividade de médica nos períodos que pretende ver destacados na pleiteada certidão de tempo de serviço. Desta forma, este pedido não pode ser submetido ao Judiciário por meio da via estreita do mandado de segurança."

E, como bem assinalou a d. Procuradoria Regional da República, à fl. 173: "Por fim, com relação ao pedido da requerente de averbação da atividade de médica em sua CTC, ante a impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança para a averiguação do efetivo exercício da atividade, este não merece acolhimento."

Ante o exposto, com base no Art. 557, "caput", do CPC, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0004477-23.2009.4.03.6114/SP

2009.61.14.004477-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOAO DE CARVALHO

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARCIO EMERSON BECK BOTTION e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00044772320094036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOAO DE CARVALHO em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 23.01.2008), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00, observados os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, aduz a parte, em síntese, que nos casos de recebimento de benefício por incapacidade, deve ser considerado como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do auxílio-doença, devidamente reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral. Alega que a legislação previdenciária determina que seja feito um novo cálculo quando o auxílio-doença de um beneficiário é convertido em aposentadoria por invalidez. Sustenta que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: 'A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.'

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 06.09.2005, o qual foi cessado em 22.01.2008 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 23.01.2008 (fls. 73/74).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 23.01.2008) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 06.09.2005, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00023 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001552-45.2009.4.03.6117/SP
2009.61.17.001552-3/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOEL DE CARVALHO

ADVOGADO : IRINEU MINZON FILHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FLAVIA BIZUTTI MORALES e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOEL DE CARVALHO em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 22.10.2003), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observados os termos da Lei 1.060/50. Isenção de custas.

Em razões recursais, aduz a parte autora, em síntese, que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das 5ª e 6ª Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: 'A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.'

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010) **"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.**

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 30.06.2000, o qual foi cessado em 21.10.2003 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 22.10.2003 (fls. 27/29).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 22.10.2003) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 30.06.2000, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009554-95.2009.4.03.6119/SP

2009.61.19.009554-8/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIA DA CONCEICAO MARIANO PIVETTI

ADVOGADO : ANDERSON TADEU DE SÁ e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FELIPE MEMOLO PORTELA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00095549520094036119 5 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MARIA DA CONCEIÇÃO MARIANO PIVETTI em face de sentença proferida em ação de revisão de benefício previdenciário onde se objetiva a inclusão do valor da gratificação natalina (13º salário) em período em que não existia vedação da legislação quanto ao computo dos salários de contribuição realizados para apuração da renda mensal inicial.

A r. sentença, nos termos do art. 285-A do CPC, julgou improcedente a ação, com fulcro no art. 269, I, do CPC, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, observados os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, a parte autora sustenta, em preliminar, cerceamento de defesa ante o julgamento da lide nos termos do art. 285-A do CPC, por não possibilitar a produção de prova, bem como não foram obedecidos os ditames de aplicação do referido dispositivo legal, uma vez que não informou qual o processo análogo e nem transcreveu a sentença prolatada em processo idêntico. No mérito, aduz a possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, em virtude da continuidade da atividade laborativa. Por fim, prequestiona a matéria para fins recursais. Requer o provimento do apelo, para o fim de cassar e anular a r. sentença, determinando a imediata devolução dos autos ao Juízo de origem.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões. É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

Não é de ser conhecida a apelação, visto encontrarem-se as razões nela aduzidas totalmente dissociadas da sentença recorrida.

A r. sentença de fls. 47/49 julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que à luz da legislação vigente à época da concessão do benefício previdenciário à autora (DIB 03.05.2004), mostra-se inviável o cômputo da gratificação natalina como salário de contribuição considerados na apuração do salário de benefício.

Por seu turno, a apelação apresentada pela parte autora pugna pela desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso, matéria não trata nos presentes autos. Em suas razões sustenta a possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, em virtude da continuidade da atividade laborativa.

Registre-se, a propósito, entendimento iterativo do E. Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual "*não pode ser conhecido o recurso cujas razões estão dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida*" (in: RESP nº 834675/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julg. 14.11.2006, v.u., DJ 27.11.2006).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora. Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010510-14.2009.4.03.6119/SP
2009.61.19.010510-4/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : MARIO ROMEU DE FREITAS

ADVOGADO : ARNALDO FERREIRA MÜLLER e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ALEXANDRE SUSSUMU IKEDA FALEIROS e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00105101420094036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por MARIO ROMEU DE FREITAS em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 07.03.2003), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00, observado o art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, aduz a parte autora, em síntese, que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: 'A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.'

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus

regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 10.02.2000, o qual foi cessado em 06.03.2003 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 07.03.2003 (fls. 13/14 e extrato da DATAPREV em anexo a esta decisão).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 07.03.2003) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 10.02.2000, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010674-76.2009.4.03.6119/SP

2009.61.19.010674-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : ANTONIO FREIRES DE MENEZES (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : CARLOS BRESSAN e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALESSANDER JANNUCCI e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ANTONIO FREIRES DE MENEZES em ação de revisão de benefício previdenciário, objetivando o recálculo da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB 18.12.2007) sem a incidência do fator previdenciário, com o pagamento das diferenças devidas.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Sem condenação em honorários advocatícios, ante a ausência de citação da ré. Custas *ex lege*.

Em razões recursais, pugna a parte autora pela procedência do pedido, face a inconstitucionalidade do fator previdenciário, consoante os termos do art. 201, § 1º, da CF. Aduz violação aos princípios da reciprocidade das contribuições, da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia. Requer o provimento do apelo. Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, a constitucionalidade do fator previdenciário inserido pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999, em cumprimento ao comando constitucional (art. 201, *caput*, CF/1988). Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2111 MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, afastou a arguição de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, *caput*, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, consoante o v. acórdão assim ementado:

"EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do

benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo art. 201. (grifo nosso)

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevivência no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (grifo nosso)

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. (grifo nosso)

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar." (STF, ADI-MC 2111/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, Tribunal Pleno, j. 16.03.2000, DJ 05.12.2003)

Em consonância com o entendimento sufragado pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta E. Corte Regional firmou-se no sentido de inexistir direito do segurado ao recálculo do valor da renda mensal inicial, mediante o afastamento do fator previdenciário, do benefício de aposentadoria concedido na vigência da Lei nº 9.876/99, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - NULIDADE - ARTIGO 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO - TÁBUA DE MORTALIDADE.

I - Não há que se falar em nulidade da sentença, já que atendido o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil.

II - A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

III - Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches.

IV - A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

V - O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

VI - Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

VII - Ademais, não merece revisão o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

VIII - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida."

(AC 2009.61.83.000825-5, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 16.03.2010, DE 29.03.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea "a" da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99 no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo caput do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª Turma, j. 08.03.2010, DJ 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL - FATOR PREVIDENCIÁRIO - CONSTITUCIONALIDADE - MAJORAÇÃO.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Ausência de previsão legal para majoração do fator previdenciário em proporção ao aumento de idade do segurado, cuja incidência somente ocorre quando do cálculo do salário-de-benefício.

V - Apelação da parte autora improvida."

(AC 2007.61.07.004013-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª Turma, j. 24.11.2009, DE 03.12.2009)

"PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA L. 9.876/99. FATOR PREVIDENCIÁRIO.

Aplica-se a lei em vigor na data da concessão do benefício. Se o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99, descabe cogitar da exclusão do fator previdenciário.

Apelação desprovida."

(AC 2007.03.99.050784-5, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

No mesmo sentido, os acórdãos: AC 2009.61.19.010035-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 25.10.2010, DJF3 03.11.2010; AC 2009.61.83.013953-2, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 14.09.2010, DJF3 22.09.2010; AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, j. 16.08.2010, DE 09.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, 8ª T., j. 30.08.2010, DJF3 15.09.2010; AC 2007.61.21.002911-7, Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco, 9ª T., j. 14.06.2010, DE 30.07.2010; e as decisões monocráticas: AC 2008.61.03.005562-3, Rel. Des. Federal Marisa Santos, d. 15.05.2009, DJ 05.06.2009; AC 2009.61.83.009497-4, Rel. Des. Federal Eva Regina, d. 12.03.2010, DJ 08.04.2010; AC 2009.61.83.010000-7, Rel. Des. Federal Newton De Lucca, d. 16.04.2010, DJ 23.04.2010; AC 2008.61.11.005648-6, Rel. Juíza Convocada Marisa Cucio, d. 08.07.2010, DJ 23.07.2010; AC 2009.61.83.010861-4, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, d. 19.05.2010, DJ 07.06.2010; AC 2008.61.83.012445-7, Rel. Juíza Convocada Monica Nobre, d. 23.09.2010, DJ 20.10.2010.

Por seu turno, com a edição do Decreto nº 3.266, de 29 de novembro de 1999, restou regulamentada a questão acerca da elaboração e utilização da tábua de mortalidade prevista nos parágrafos 7º e 8º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Frise-se que, tendo a lei conferido a competência ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar as tábuas de mortalidade a serem utilizadas no fator previdenciário, refoge à competência do Poder Judiciário modificar os dados ali constantes.

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

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 285-A DO CPC. APLICABILIDADE. REVISÃO DE BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285 -A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

II - O cálculo das aposentadorias previdenciárias deve obedecer aos critérios estabelecidos na legislação vigente quando de sua concessão, salvo na hipótese de direito adquirido.

III - O Decreto nº 3.266/99 conferiu ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE a responsabilidade pela elaboração anual das tábuas de mortalidade, não cabendo ao Poder Judiciário modificar os seus dados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência .

V - Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora improvida.

(AC 2009.61.83.007099-4, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 17.08.2010, DE 26.08.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. UTILIZAÇÃO DA TÁBUA DE MORTALIDADE DE 2001. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM 2004. DESCABIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucionais os critérios de cálculo do benefício preconizados pela L. 9.876/99 (ADI - MC 2.111 DF) Os critérios de cálculo do valor do benefício seguem a lei vigente à época da sua concessão, sendo descabida a pretensão de utilizar a tábua de mortalidade de 2001 para o benefício concedido no ano de 2004. Se a lei conferiu poderes competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para elaborar e divulgar a tábua de mortalidade, o Poder Judiciário não pode modificar os critérios utilizados pelo mesmo. Apelação desprovida."

(AC 2005.61.83.003129-6, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 18.11.2008, DJ 03.12.2008)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. TÁBUA DE MORTALIDADE. COMPETENCIA DO IBGE.

1. O fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão.

2. Tendo a Lei conferido competência exclusiva ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para elaborar e divulgar a expectativa de sobrevivência do total da população brasileira, não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados pelo mesmo, ainda que isso implique em diminuição dos benefícios dos segurados.

3. Apelação da parte autora não provida."

(AC 2007.61.83.004937-6, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, 10ª Turma, j. 12/08/2008, DJ 27/08/2008)

Assim, tendo a autarquia previdenciária aplicado as normas vigentes no tempo da concessão do benefício, para o cálculo da renda mensal inicial, não merece prosperar a irresignação da parte autora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003516-46.2009.4.03.6126/SP

2009.61.26.003516-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : CARLOS ALBERTO CASADEI

ADVOGADO : ANTONIO TADEU GHIOTTO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FABIO ALMANSA LOPES FILHO e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00035164620094036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação em face de sentença que julgou improcedente o pedido do autor de recálculo da renda mensal inicial para que corresponda a 100% do salário de contribuição, afastando a incidência do fator previdenciário.

A verba honorária foi fixada em R\$ 1.000,00, observado o Art. 12 da Lei 1060/50.

Alega o recorrente, em síntese, a inconstitucionalidade do fator previdenciário.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

O valor do benefício deve ser calculado com base no salário-de-benefício, nos termos do Art. 29 da L. 8.213/91, com a redação alterada pela Lei 9.876/99:

"Art. 29 O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do Art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento do todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas "a", "d", "e" e "h" do inciso I do Art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondente a oitenta por cento de todo o período contributivo.

§ 1º (Revogado)

§ 2º O valor do salário de benefício não será inferior ao de um salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário contribuição na data de início do benefício.

(...)

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo a esta Lei.

§ 8º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.(...)"

A renda mensal inicial foi calculada de acordo com tais dispositivos, vigentes à época da concessão.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente acerca da constitucionalidade do fator previdenciário, instituído pela Lei 9.876/99, como segue:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR. 1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do Art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do Art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar. 2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do Art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao Art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o Art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no Art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo Art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo Art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao Art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo Art. 201. 3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo Art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do Art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao Art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. 5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do Art. 5º da C.F., pelo Art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. 6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (Art. 65,

parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao Art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar"(ADI - MC2.111 DF, Min. Sydney Sanches).

Deve, pois, ser mantida a r. sentença, no que se refere à matéria de fundo.

Entretanto, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, corrijo de ofício a r. sentença para excluir a condenação nos ônus da sucumbência e, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00028 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006996-55.2009.4.03.6183/SP
2009.61.83.006996-7/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : NIVALDO NEVES

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : NATASCHA MACHADO FRACALANZA PILA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00069965520094036183 4V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por NIVALDO NEVES em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 17.03.2008), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Condenou a parte autora em verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, ficando a parte autora eximida do seu pagamento por ser beneficiária da justiça gratuita. Isenção de custas.

Em razões recursais, a parte autora aduz, em síntese, que nos casos de recebimento de benefício por incapacidade, deve ser considerado como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do auxílio-doença, devidamente reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral. Alega que a legislação previdenciária determina que seja feito um novo cálculo quando o auxílio-doença de um beneficiário é convertido em aposentadoria por invalidez. Sustenta que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, que a aplicação do disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91 à aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença consiste em contrariedade direta aos arts. 2º, 5º, *caput* e XXXVI, e 201, *caput* e § 1º, da CF, bem como aos preceitos constantes do art. 195, § 5º, da Carta Magna. Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto n.º 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei n.º 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei n.º 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto n.º 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO N.º 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI N.º 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)
"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

- Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 05.02.2003, o qual foi cessado em 16.03.2008 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 17.03.2008 (fls. 24/25 e extratos da DATAPREV anexo a esta decisão).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 17.03.2008) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 05.02.2003, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00029 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014723-65.2009.4.03.6183/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : BEN GYON MOSZE SZNAJDLEDER RUTKO
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ROBERTA ROVITO OLMACHT e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00147236520094036183 2V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por BEN GYON MOSZE SZNAJDLEDER RUTKO em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 27.10.2005), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Em razão da concessão da justiça gratuita, fica a parte autora eximida do pagamento de custas e honorários advocatícios.

Em razões recursais, pugna a parte autora, preliminarmente, pela anulação da r. sentença, ante a impossibilidade do julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, em razão do cerceamento de defesa, bem como ofensa aos princípios do direito de ação, devido processo legal e do contraditório. Aduz, no mérito, que nos casos de recebimento de benefício por incapacidade, deve ser considerado como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do auxílio-doença, devidamente reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral. Alega que a legislação previdenciária determina que seja feito um novo cálculo quando o auxílio-doença de um beneficiário é convertido em aposentadoria por invalidez. Sustenta que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, que a aplicação do disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91 à aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença consiste em contrariedade direta aos arts. 2º, 5º, *caput* e XXXVI, e 201, *caput* e § 1º, da CF, bem como aos preceitos constantes do art. 195, § 5º, da Carta Magna. Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, é de ser afastada a alegação de impossibilidade do julgamento antecipado da presente ação, nos termos do 285-A do Código de Processo Civil, em razão do cerceamento de defesa e ofensa aos princípios do direito de ação, do devido processo legal e do contraditório.

Com efeito, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, em seu art. 285-A, permite ao julgador, nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo houver decisões de total improcedência em outros casos idênticos, proferir sua decisão de plano, usando como paradigma aquelas já prolatadas.

São requisitos necessários ao julgamento *prima facie*: a) a causa versar sobre questão unicamente de direito; b) existam precedentes do mesmo juízo; c) houver julgamentos anteriores pela improcedência total do pedido.

Ressalte-se que o mecanismo possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

In casu, verifica-se que a matéria versada no presente feito é exclusivamente de direito, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, podendo a lide ser julgada antecipadamente, ante a desnecessidade da produção de qualquer outra prova, uma vez que aquelas constantes dos autos são suficientes a ensejar o convencimento do julgador.

Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRA MAIS VANTAJOSA. ABSTENÇÃO DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS JÁ RECEBIDAS.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

(...)

V - Agravo interposto pela parte autora na forma do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil improvido." (AC nº 2009.61.83.005648-1, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 06.04.2010, DE 13.04.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Agravo legal interposto com fundamento no art. 557, §1º, do CPC, objetivando a reconsideração da decisão, alegando a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, além de ser indevida a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.

II - Admite-se o julgamento de improcedência *prima facie*, nos termos do art. 285-A do CPC. Tema unicamente de direito. Análise não é incipiente e conta com orientação do Supremo Tribunal Federal.

(...)

VII - Agravo não provido.

(AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, 8ª T., j. 16.08.2010, DE 09.09.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

(...)

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 08.03.2010, DE 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. REAJUSTE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS. EC 20/98 E 41/03. ART. 20, § 1º E ART. 28, § 5º DA LEI Nº 8.212/91. PRECEDENTES DESTA E. CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

- Não há como acolher a alegação de que a aplicação do art. 285-A do CPC viola o art. 5º, XXXV, LIV, LV, da CF, como ventilado na decisão ora agravada, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

(...)

- Agravo desprovido."

(AC nº 0009975-87.2009.4.03.6183, Rel. Des. Federal Diva Malerbi, 10ª T., j. 27.04.2010, DE 06.05.2010)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO QUE REJEITOU A PRELIMINAR E NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. No caso, a decisão agravada rejeitou a preliminar e negou seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, em conformidade com: a) o entendimento pacificado por esta Corte Regional, no sentido de que, quando a matéria controvertida for unicamente de direito, aplica-se, sem afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11277/06 (AC nº 2006.61.14.002872-1 / SP, 3ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJU 05/12/2007, pág. 14); (...)

(...)

4. Recurso improvido."

(AC 2003.61.00.038122-8, Rel. Des. Federal Ramza Tartuce, 5ª T., j. 05.04.2010, DE 23.04.2010)

No mérito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.
- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.
- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.
- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)
"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 06.08.2003, o qual foi cessado em 26.10.2005 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 27.10.2005 (fls. 23 e 46).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 27.10.2005) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 06.08.2003, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016684-05.2010.4.03.9999/MS
2010.03.99.016684-6/MS

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
APELANTE : EDILAINÉ PEREIRA DOS SANTOS incapaz
ADVOGADO : RUBENS DARIO FERREIRA LOBO JUNIOR
REPRESENTANTE : MARIA HELENA CABRAL

ADVOGADO : RUBENS DARIO FERREIRA LOBO JUNIOR
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : CAROLINA ARANTES NEUBER LIMA
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 04.00.00001-6 1 Vr ELDORADO/MS

DECISÃO

Cuida-se de apelação em ação de conhecimento, que tem por objeto condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa deficiente.

O MM. Juiz *a quo*, por não considerar preenchido o requisito da hipossuficiência econômica, julgou improcedente o pedido, deixando de condenar a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Em seu recurso de apelação a parte autora pleiteia a reforma da r. sentença, sustentando que foram preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício.

Subiram os autos, com contrarrazões.

O Ministério Público Federal protestou pela declaração de nulidade do feito, a fim de que o *Parquet* Estadual seja intimado para se manifestar acerca do auto de constatação de fls. 116/117, assim como as partes. O parecer do I. Procurador Regional da República veio acompanhado dos extratos do CNIS pertencentes aos genitores da autora, Reginal Pereira dos Santos e Maria Helena Cabral dos Santos, e de seus irmãos, Herlei Pereira dos Santos e Erico Pereira dos Santos, nos quais constam os dados cadastrais do trabalhador, períodos de contribuição e valores existentes nos assentos dos nominados.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, verifico que apesar de não terem sido intimadas as partes e o Ministério Público Estadual para se manifestarem acerca do auto de constatação de fls. 115/116, não houve prejuízo na instrução processual, pelo que a referida ausência foi sanada, com a intimação das partes nesta instância para tal desiderato.

Sobre a questão, assim tem se manifestado a Corte Superior:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA. NULIDADE SANADA. INTERVENÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas, a nulidade decorrente da ausência de intervenção ministerial em primeiro grau é sanada quando, não tendo sido demonstrado prejuízo, o Ministério Público intervém em segundo grau de jurisdição.

2. Recurso especial conhecido e improvido."

(REsp 599.514/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 27/11/2006 p. 310)

"PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1 - A efetividade do princípio da instrumentalidade das formas afasta a arguição de nulidade por falta de pronunciamento do Ministério Público, em primeira instância, pois, há manifestação do Parquet sobre o mérito da controvérsia, em segundo grau de jurisdição, o que supre qualquer irregularidade. Precedentes do STJ.

2 - Recurso especial conhecido em parte (letra "c") e improvido."

(REsp 264572/PE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 30/10/2000 p. 207).

Ademais, verifico que as partes, assim como o Ministério Público Estadual foram devidamente intimados do resultado da perícia médica e do estudo social realizado em 12/08/2008, conforme parecer exarado às fls. 89 e 104/109, de sorte que a complementação do estudo social realizada posteriormente, por mandado, não enseja a nulidade pretendida, pois a referida ausência foi sanada pelo parecer exarado às fls. 138/145, bem como pela manifestação da Autarquia às fls. 149/155, tendo a parte autora deixado de se manifestar, conforme certificado às fls. 156. Superada a preliminar, passo ao exame do mérito da apelação interposta pela parte autora.

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu artigo 20 os requisitos para a concessão do benefício, *verbis*:

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

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

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

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

O benefício assistencial requer, portanto, o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado sob o aspecto subjetivo (a deficiência) e de outro lado, sob o aspecto objetivo (a hipossuficiência).

No presente caso, a perícia médica realizada em 19/07/2007, atestou que a parte autora é portadora de Síndrome de Down, CID 090-0, desde o nascimento e está incapacitada total e permanentemente para qualquer atividade, pois necessita de acompanhamento integral de seus familiares (fls. 78).

Entretanto, é certo que não restou comprovado que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Ressalto que o conceito de família, para efeitos do art. 20, caput, da Lei 8.742/93, é "*o conjunto de pessoas elencadas no Art. 16, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto*". A entidade familiar, referida no § 1º, do Art. 20, da Lei 8.742/93, conforme redação dada pela Lei 9.720/98, é constituída por pessoas que vivem sob o mesmo teto, desde que se trate de cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, pais, irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

No caso dos autos, a entidade familiar é composta pela parte autora, seus genitores e o irmão, Herlei, nascido em 03/05/1996.

Na averiguação social realizada em 11/08/2008, constatou-se que a família residia há dois meses na Fazenda Macuco, em imóvel cedido pelos donos da fazenda, construído em madeira, composto por 02 quartos, 01 cozinha, 01 sala, 01 banheiro e 01 dispensa. A renda familiar era proveniente do valor de R\$550,00 recebido pelo genitor, que trabalhava como tratorista da fazenda, e R\$40,00 do valor referente ao benefício Bolsa Família, totalizando R\$590,00 e os gastos com alimentação, medicamentos e outros, totalizam R\$550,00.

Em face da divergência de endereços informados nos autos, foi determinada a expedição de mandado de constatação e na data de 17/11/2009 foi localizada a genitora da autora, no endereço localizado na inicial. Em conformidade com a certidão de fls. 116/117, constatou-se que se trata de imóvel de propriedade da família e que nele reside o filho mais velho do casal, Erico, que trabalha em uma panificadora na cidade, pois a autora, seus pais e o irmão mais novo residem na Fazenda Macuco. Informou o Sr. Meirinho que a residência tem 06 cômodos, e embora seja de madeira, é bem ampla e encontra-se em condição razoável, guarnecida por uma cama e um pequeno fogão e embora não tenha telefone residencial na cidade e na fazenda, os pais possuem telefone celular. A renda familiar, excluído o salário do filho Erico, é de R\$700,00, proveniente do trabalho exercido pelo pai da autora na fazenda mencionada.

De acordo com os assentos do CNIS carreados aos autos pelo Ministério Público Federal, o pai da genitora, Reginal Pereira de Lima, a partir do mês de julho/2008, passou a ter renda mensal variável acima de R\$ 1.000,00, constando o valor de R\$1.125,00 no mês de abril/2010 (fls. 140/142).

Cumpra esclarecer que o valor de R\$700,00 declarado ao Oficial de Justiça quando da constatação, como sendo a renda auferida pelo genitor, não espelha a realidade, pois os registros do CNIS apontam que o seu salário era de R\$ 1.125,00 (fls. 142).

Ainda que seja excluída a renda auferida pelo irmão da parte autora (R\$535,00 em abril/2010 - fls. 142vº/145), posto que não integra o núcleo familiar, a renda *per capita* supera o limite legal.

Assim, não restou caracterizado o estado de miserabilidade que enseja a concessão do benefício assistencial .

O escopo da assistência social é prover as necessidades básicas das pessoas, sem as quais não sobreviveriam.

Desse modo, ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, eis que a prova demonstra que a parte autora não é hipossuficiente, decerto que não faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada do Art. 20, da Lei nº 8.742/93.

Consigno que, com a eventual alteração das condições econômicas, a parte autora poderá formular novamente seu pedido.

Como bem reconhecido pela r. sentença, não há condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos Arts. 11 e 12, da Lei nº 1.060/50 torna a sentença um título judicial condicional (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

Ante ao exposto, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação, nos termos em que explicitado.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00031 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028197-67.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.028197-0/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOAQUIM RODRIGUES

ADVOGADO : LEONARDO JOSÉ GOMES ALVARENGA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ELIANA GONCALVES SILVEIRA

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00068-5 1 Vr IGARAPAVA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOAQUIM RODRIGUES em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 01.02.2001), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observados os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em razões recursais, sustenta o autor, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a necessidade da realização de prova pericial contábil para apresentação de demonstrativo da diferença devida. No mérito, aduz a parte autora, em síntese, que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, não conheço da alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por tratar-se na hipótese de matéria exclusivamente de direito.

No mérito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO

NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

-Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 28.12.1999, o qual foi cessado em 31.01.2001 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 01.02.2001 (fls. 79, 82/84 e extratos da DATAPREV anexo a esta decisão).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 01.02.2001) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 28.12.1999, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00032 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037593-68.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.037593-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : CLARICE VITALE CONTARIM

ADVOGADO : ADINAN CESAR CARTA

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JAMIL NAKAD JUNIOR

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00008-4 1 Vr MATAO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença, julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observados o disposto no art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar o INSS à concessão da aposentadoria rural por idade, pois há prova material nos autos e os depoimentos testemunhais corroboram a condição de rurícola da autora.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na al. "a" do inc. I, na al. "g" do inc. V e nos incs. VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se anteveja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado (...)" (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).*

Despicienda discussão quanto ao atendimento do primeiro requisito, porquanto o documento acostado às fls.12, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 66 meses de labor rural. Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- cópia de certidão de casamento, com Anésio Contarin, ocorrido em 20.01.62, no município de Jaboticabal - SP, na qual consta a profissão de lavrador do marido da autora (fls.13);

- cópia da CTPS da autora, emitido em 27.05.75, onde constam registros de trabalhos rurais no período de 1974 a 1976 (fls. 14/17).

O E. Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade social do trabalhador rural, ao pacificar o entendimento de ser extensível à esposa a qualificação de trabalhador rural apresentada pelo marido, constante de documento, conforme revela a ementa deste julgado: "*PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. - Firmou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é início razoável de prova material da qualidade de trabalhadora da sua mulher. Recurso especial atendido*" (Resp nº 258570-SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 16/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 256); objetivou aproveitar, tão somente à esposa, a condição de rurícola do cônjuge varão, havendo o entendimento de que a esposa acompanha o marido nas lides campestres.

Pretendeu a autora, ao acostar sua certidão de casamento, emprestar de seu cônjuge que traz a profissão de lavrador no referido documento, a condição de rurícola para si e, de fato no ano 1962 (época de celebração de seu casamento) é possível a autora ser agasalhada como trabalhadora rural, devendo a partir de então produzir prova testemunhal que corrobore de forma robusta, o respectivo início de prova material colacionado.

Verifico pelos depoimentos esparsos e imprecisos das testemunhas, que depuseram conhecer a autora sempre trabalhando na roça, (fls.50/55) não haver indícios, nos depoimentos testemunhais, de que a autora após o seu casamento tenha acompanhado seu cônjuge na lida rural por período extensivo.

Inobstante, a autora acostar sua CTPS, onde constam trabalhos rurais apontados no período de 1974 a 1976, o início de prova material produzido não é suficiente para que, analisado conjuntamente com a prova testemunhal, caracterizar o efetivo desempenho da atividade rural, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
 2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
 3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
 4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
 5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
 6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
 7. Recurso não conhecido."
- (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00033 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0037889-90.2010.4.03.9999/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE : JOSE MARIA DOMINGOS

ADVOGADO : CLAUDIO DE SOUSA LEITE

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : IGOR LINS DA ROCHA LOURENCO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00161-3 1 Vr PENAPOLIS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por JOSE MARIA DOMINGOS em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 19.05.2005), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00, observada a gratuidade processual.

Em razões recursais, sustenta a parte autora, em síntese, violação aos arts. 29, II e § 5º, e 55, II, da Lei nº 8.213/91, art. 2º, § 1º, da LICC e art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91. Requer o provimento do presente apelo.

Devidamente intimado, o INSS deixou de apresentar contrarrazões. Subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: 'A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.'

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO N.º 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-

benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.

- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.

- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.

- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

- Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 19.08.2003, o qual foi cessado em 18.05.2005 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 19.05.2005 (fls. 37/38).

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 19.05.2005) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 19.08.2003, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00034 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039125-77.2010.4.03.9999/SP
2010.03.99.039125-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : BATISTINA DE LIMA

ADVOGADO : BENEDITO JOEL SANTOS GALVAO

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : ROBERTO EDGAR OSIRO

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 09.00.00020-2 1 Vr TAQUARITUBA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença, julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento de custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), observados os benefícios da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar a autarquia previdenciária à concessão da aposentadoria rural por idade, pois demonstrou através das provas documentais corroborados com as orais, a sua condição de trabalhadora rural.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na al. "a" do inc. I, na al. "g" do inc. V e nos incs. VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143 da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Despicienda discussão quanto ao atendimento do primeiro requisito, porquanto o documento acostado às fls. 07, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 60 meses de labor rural. Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher, sem qualquer sombra de dúvida, a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- a) cópia de certidão de casamento, com João Celestino de Lima, ocorrido em 18.07.1953, na cidade de Taquarituba - SP, na qual consta a profissão do marido da autora como sendo lavrador (fls.11);
- b) cópia de certidão de nascimento de seu filho, Sebastião de Lima, ocorrido em 30.07.1960, na cidade de Taquarituba - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.12);
- c) cópia de certidão de nascimento de sua filha, Janete de Lima, ocorrido em 11.02.1974, na cidade de Taquarituba - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.13);
- d) cópia de certidão de nascimento de seu filho, Adauto de Lima, ocorrido em 09.05.1975, na cidade de Taquarituba - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.14);
- e) outros documentos (fls.15/18).

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se antevêja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado, o obreiro que cessa sua atividade laboral, em consequência de moléstia; a prestação de labor urbano, intercalado com lides rurais, de per si, não desnatura o princípio de prova documental amealhado; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam preservados."* (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).

Ainda, no que se refere aos documentos, que podem ser apresentados como início de prova material, firmou-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TRABALHADORA RURAL. FICHAS CADASTRAIS. CARTEIRA DE FILIAÇÃO A SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PERÍODO DE CARÊNCIA. COMPROVAÇÃO.

Não há ofensa ao art. 535, inciso I, do Código de Processo Civil quando a questão relevante para a apreciação e julgamento do recurso é devidamente analisada pelo aresto hostilizado. 2. Conforme determina a legislação previdenciária (art. 55, caput, da Lei n.º 8.213/91 c/c art. 62, caput e § 4º, do Decreto n.º 3.048/99), o tempo de serviço do trabalhador rural pode ser comprovado através de documentos que levem à convicção do fato a comprovar. (...) (Resp nº 200401735150, Relatora Min.Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, Fonte DJ Data:14/03/2005 pg:00424 LEXSTJ vol.:00188 pg:00247)

Pretendeu a autora, ao acostar sua certidão de casamento e as certidões de nascimento de seus filhos, emprestar de seu cônjuge a presumida profissão de lavrador, sendo possível a autora ser agasalhada, conforme o entendimento

jurisprudencial, como trabalhadora rural, devendo então produzir prova testemunhal que corrobore de forma robusta, o respectivo início de prova material colacionado.

O E. Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade social do trabalhador rural, ao pacificar o entendimento de ser extensível à esposa a qualificação de trabalhador rural apresentada pelo marido, constante de documento, conforme revela a ementa deste julgado: "*PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. - Firmou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é início razoável de prova material da qualidade de trabalhadora da sua mulher. Recurso especial atendido*" (Resp nº 258570-SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 16/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 256); objetivou aproveitar, tão somente à esposa, a condição de rurícola do cônjuge varão, havendo o entendimento de que a esposa acompanha o marido nas lides campestres.

Consoante a prova oral, as testemunhas inquiridas, mediante depoimentos, informaram que conhecem a autora do Porto de Taquari há 35 e há 40 anos respectivamente. Anoto que, ao fato de conhecer, deverá ser trazido a conhecimento, o respectivo período de labor rural e a localidade do desempenho do mesmo, o que não restou caracterizado: a testemunha "José Soares de Almeida" declarou que conheceu a autora trabalhando na fazenda de Valentim Righeto, fazendo limpeza na casa dele e não sabe se ela trabalhou na roça. Já a testemunha "Valdevino Rodrigues da Silva", declarou de forma genérica que a autora sempre trabalhou nas lavouras de milho e feijão, informando os proprietários rurais Toninho Fedato e Valentim Righeto (fls.84/85).

Nesse contexto, os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola e, assim, comprovar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos, consoante tabela contida no art. 142, da Lei n. 8.213/91, não fazendo jus ao benefício pleiteado.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00035 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0040284-55.2010.4.03.9999/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : MARITA FLORA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : NADIA GEORGES
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : DANILO TROMBETTA NEVES
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 09.00.00139-9 1 Vr TEODORO SAMPAIO/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por MARITA FLORA DE OLIVEIRA, em face de sentença que julgou improcedente pedido de concessão de aposentadoria por idade rural.

O juízo *a quo* julgou improcedente a ação, ante o não preenchimento dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício. Condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em R\$300,00, observando-se os termos da Lei nº 1.060/50.

Em razões recursais, a parte autora sustenta a suficiente comprovação da atividade rural, desenvolvida pelo prazo de carência necessário à concessão do benefício e requer a reforma da r. sentença.

Sem contra-razões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

A questão vertida nos presentes autos diz respeito à comprovação do tempo de atividade rural, para o fim de propiciar a concessão de aposentadoria por idade a trabalhadora rural.

A concessão de aposentadoria por idade rural depende do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 48 e 143 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o implemento da idade - 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, - e a comprovação do tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício, consoante prescrito no art. 142 do mesmo diploma legal.

Nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não basta a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rural, com o fim de obtenção de benefício previdenciário. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

No caso em exame, a autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 04 de janeiro de 2008 (fls. 11), devendo, assim, comprovar 162 (cento e sessenta e dois) meses de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para obtenção do benefício.

Entretanto, da análise do conjunto probatório, verifica-se que a autora não logrou demonstrar o cumprimento dos requisitos necessários para a concessão da aposentadoria por idade rural.

Com efeito, a parte autora carrou aos autos a seguinte documentação: extratos de produtos agrícolas em nome da autora, datados de 21.11.2007 e 03.01.2008 respectivamente (fls. 16/17); declaração cadastral de produtor rural, datada de 20.12.2006, referente ao Sítio SIT Marajoara, Zona Rural, em Teodoro Sampaio-SP, em nome da autora (fls. 18); notas fiscais de produtos agrícolas, datadas de 13.03.2009 e 13.10.2008 respectivamente (fls. 19/20).

Por outro lado, o depoimento prestado pelas testemunhas não foi suficiente para estender o alegado trabalho rural da autora pelo período de carência exigido *in casu* para a concessão do benefício.

Como bem assinalou a r. sentença (fls. 59/59vº), *in verbis*:

"As testemunhas que relataram que a autora permaneceu acampada durante o período, não trazem a confiança necessária ao juízo para conceder o pedido contido na inicial, pois além de imprecisos e genéricos, tais depoimentos não são corroborados por outras fontes de prova."

Consoante entendimento desta E. Corte, não comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência exigido em lei, não há como reconhecer o direito ao benefício pleiteado. Neste sentido, os julgados abaixo:

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA.

I. Para a comprovação da atividade laborativa exercida nas lides rurais, sem o devido registro em carteira, torna-se necessária a apresentação de um início razoável de prova material corroborada pela prova testemunhal.

II. Inviável a concessão do benefício pleiteado, em face da fragilidade do conjunto probatório apresentado a demonstrar o efetivo labor da parte autora na qualidade de ruralista.

III. Agravo a que se nega provimento."

(AgRg em AC 2006.03.99.024073-3, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, Sétima Turma, j. 26.04.2010, DJ 05.05.2010)

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELO. AGRAVO LEGAL. MATÉRIA PACIFICADA. IMPROVIMENTO.

-Agravo legal tendente à reforma de decisão unipessoal.

-Início de prova material não corroborado e ampliado por prova testemunhal idônea e coesa.
-Não-comprovação do efetivo exercício de atividade rural durante o lapso de tempo legalmente exigido (carência).
-Impossibilidade de reconhecimento do direito ao benefício postulado.
-Entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria vertida nos autos.
-Agravo legal improvido."

(AC 2008.03.99.056583-7, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, Décima Turma, j. 25.08.2009, DJ 09.09.2009)

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA TESTEMUNHAL FRÁGIL. CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA NÃO COMPROVADO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - O início de prova material produzido pela autora não foi roborado por testemunhas, haja vista que os depoimentos não deram conta de atestar o exercício de atividade rural por período suficiente ao cumprimento da carência.

II - Não há condenação da autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

III - Apelação da autora improvida."

(AC 2008.03.99.044664-2, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 24.03.2009, DJ 07.04.2009)

Assim, não restou comprovado o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício pleiteado, em especial o exercício de atividade rural pelo período de carência necessário, pelo que merece ser mantida a sentença recorrida.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00036 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0041235-49.2010.4.03.9999/SP

2010.03.99.041235-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : LAZARA MARIA CORREA (= ou > de 60 anos)

ADVOGADO : CARLOS EDUARDO VIANA KORTZ

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : JOSE ALFREDO GEMENTE SANCHES

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 10.00.00053-2 4 Vr ITAPETININGA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em ação previdenciária, que tem por objeto a concessão da aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença, julgou improcedente o pedido de aposentadoria rural por idade e condenou ao pagamento de custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, observados os benefícios da Lei nº 1.060/50.

Em seu recurso, a autora requereu a reforma da decisão recorrida, julgando procedente o pedido a fim de condenar a autarquia previdenciária à concessão da aposentadoria rural por idade, pois demonstrou através das provas documentais corroborados com as orais, a sua condição de trabalhadora rural.

A parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o relatório. Decido.

O trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, pode requerer aposentadoria por idade, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses prescritos no art. 143 da L. 8.213/91.

A aposentadoria por idade, no caso de trabalhadores rurais, referidos na alínea "a" do inc. I, na al. "g" do inc. V e nos incs. VI e VII do art. 11 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado que, cumprido o número de meses exigidos no art. 143

da Lei 8.213/91, completar 60 (sessenta) anos de idade para homens e 55 (cinquenta e cinco) para mulheres (art. 48, § 1º).

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade ao trabalhador rural compreendem a idade e a comprovação de efetivo exercício de atividade no campo.

Despicienda discussão quanto ao atendimento do primeiro requisito, porquanto o documento acostado às fls. 12, comprova inequivocamente a idade da demandante, no caso, 55 (cinquenta e cinco) anos, à época do ajuizamento da ação.

Mantenho entendimento de que o período de trabalho deve estar satisfatoriamente comprovado, da mesma forma que o tempo de contribuição do trabalhador urbano (carência), que no caso em exame corresponde a 72 meses de labor rural. Impõe-se verificar, se demonstrado, ou não, o trabalho rural alegado na peça vestibular, de modo a preencher, sem qualquer sombra de dúvida, a carência exigida e com respeito ao exercício da atividade rural, objetivando a produção de início de prova material, a parte autora acostou a seguinte documentação:

- a) cópia de certidão de casamento, com Oscar Nunes Corrêa, ocorrido em 18.02.1956, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do marido da autora como sendo lavrador (fls.13);
- b) cópia de certidão de nascimento de seu filho, Miguel Nunes Corrêa, ocorrido em 10.02.1957, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.18);
- c) cópia de certidão de nascimento de sua filha, Neusa Maria Nunes Corrêa, ocorrido em 23.02.1960, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.19);
- d) cópia de certidão de nascimento de seu filho, Juventino Nunes Corrêa, ocorrido em 22.05.1967, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.20);
- e) cópia de certidão de nascimento de sua filha, Maria Isabel Corrêa, ocorrido em 24.03.1971, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.21);
- f) cópia de certidão de nascimento de sua filha, Santana Nunes Corrêa, ocorrido em 24.05.1974, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.22);
- g) cópia de certidão de nascimento de seu filho, Claudinei Nunes Corrêa, ocorrido em 11.02.1981, na cidade de Sarapuí - SP, na qual consta a profissão do genitor (marido da autora) como sendo lavrador (fls.23);
- h) cópia da CTPS de seu marido, emitido em 1º.07.71, onde consta registro de trabalho rural exercido no período de 1970 a 1972 (fls. 16/17);
- i) outros documentos (fls.14/15).

Vale ressaltar o entendimento firmado por esta Colenda Décima Turma no julgamento de casos análogos ao presente: *"De acordo com a jurisprudência, suficiente, a tal demonstração, início de prova material, corroborado por prova testemunhal, atentando-se, dentre outros aspectos, que: em regra, são extensíveis os documentos em que os genitores, os cônjuges, ou os conviventes, aparecem qualificados como lavradores; o afastamento do ofício campestre, pelo solicitante, após satisfação dos requisitos ao benefício, não obsta a outorga deste; o abandono da ocupação rural, por parte de quem se empresta a qualificação profissional, em nada interfere no deferimento da prestação, desde que se antevêja a persistência do mister campesino, pelo requerente da aposentação; mantém a qualidade de segurado, o obreiro que cessa sua atividade laboral, em consequência de moléstia; a prestação de labor urbano, intercalado com lides rurais, de per si, não desnatura o princípio de prova documental amealhado; durante o período de graça, a filiação e consequentes direitos, perante a Previdência Social, ficam preservados."* (TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.03.99.028771-3/MS, j. 05.10.2009).

Ainda, no que se refere aos documentos, que podem ser apresentados como início de prova material, firmou-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TRABALHADORA RURAL. FICHAS CADASTRAIS. CARTEIRA DE FILIAÇÃO A SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PERÍODO DE CARÊNCIA. COMPROVAÇÃO.

Não há ofensa ao art. 535, inciso I, do Código de Processo Civil quando a questão relevante para a apreciação e julgamento do recurso é devidamente analisada pelo aresto hostilizado. 2. Conforme determina a legislação

previdenciária (art. 55, caput, da Lei n.º 8.213/91 c/c art. 62, caput e § 4º, do Decreto n.º 3.048/99), o tempo de serviço do trabalhador rural pode ser comprovado através de documentos que levem à convicção do fato a comprovar. (...) (Resp n.º 200401735150, Relatora Min.Laurita Vaz, STJ, Quinta Turma, Fonte DJ Data:14/03/2005 pg:00424 LEXSTJ vol.:00188 pg:00247)

Pretendeu a autora, ao acostar sua certidão de casamento e as certidões de nascimento de seus filhos, emprestar de seu cônjuge a presumida profissão de lavrador, sendo possível a autora ser agasalhada, conforme o entendimento jurisprudencial, como trabalhadora rural, devendo então produzir prova testemunhal que corrobore de forma robusta, o respectivo início de prova material colacionado.

O E. Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade social do trabalhador rural, ao pacificar o entendimento de ser extensível à esposa a qualificação de trabalhador rural apresentada pelo marido, constante de documento, conforme revela a ementa deste julgado: "**PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL**. - Firmou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que o documento probante da situação de camponês do marido é início razoável de prova material da qualidade de trabalhadora da sua mulher. Recurso especial atendido" (Resp n.º 258570-SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, j. 16/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 256); objetivou aproveitar, tão somente à esposa, a condição de rurícola do cônjuge varão, havendo o entendimento de que a esposa acompanha o marido nas lides campestres.

Consoante a prova oral, as testemunhas inquiridas (fls.74/76), mediante depoimentos, informaram que conheceram a autora desempenhando atividade rural, entretanto verifico ao compulsar os autos, que resta caracterizado a percepção de aposentadoria por invalidez na função urbana de comerciante (fls.38/41), corroborando seu depoimento pessoal, no qual disse que deixou a lida rural faz muito tempo (fls.73).

Nesse contexto, os depoimentos testemunhais não se revestiram de força probante o bastante para permitir aquilatar o desenvolvimento do labor rurícola e, assim, comprovar soberanamente a pretensão deduzida nestes autos, consoante tabela contida no art. 142, da Lei n. 8.213/91, não fazendo jus ao benefício pleiteado.

Versando sobre a matéria em análise, merece destaque o acórdão abaixo, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DE PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA.

1. O conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" da Constituição da República requisita, em qualquer caso, a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas, votos ou notícias de julgamento.
2. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º, da Lei 8.213/91). - grifei
3. O início de prova material, de acordo com a interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.
4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, o início de prova material deverá ser corroborado por idônea e robusta prova testemunhal.
5. Em havendo o acórdão recorrido afirmado que, a par de não bastante à demonstração do tempo de serviço a prova documental, a testemunhal era insuficiente à comprovação da atividade rural desempenhada pelo segurado, a preservação da improcedência do pedido de aposentadoria por idade é medida que se impõe.
6. Ademais, a 3ª Seção desta Corte tem firme entendimento no sentido de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp 205.885/SP, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 30/10/2000).
7. Recurso não conhecido." (STJ, REsp. n.º 434.015, 6ª Turma, Relator Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/02/03, DJ 17/03/03, p. 299, v.u.)

Posto isto, em conformidade com a jurisprudência colacionada, com fundamento no art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação da parte autora e mantenho a sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 26 de novembro de 2010.
MARISA CUCIO
Juíza Federal Convocada

00037 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000100-08.2010.4.03.6006/MS
2010.60.06.000100-1/MS

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : NAIR POLIDA DE SOUZA
ADVOGADO : RUDIMAR JOSE RECH e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : SANDRA TEREZA CORREA DE SOUZA e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00001000820104036006 1 Vr NAVIRAI/MS

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por NAIR POLIDA DE SOUZA, em face de sentença que julgou improcedente ação que objetiva a concessão de aposentadoria por idade rurícola.

O juízo *a quo* julgou improcedente a ação, ante o não preenchimento dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício. Condenou a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a execução de tais verbas, nos termos dos artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

Em razões recursais, a parte autora sustenta a suficiente comprovação da atividade rural, desenvolvida pelo prazo de carência necessário à concessão do benefício e requer a reforma da r. sentença. Subsidiariamente, pugna pela anulação da r. sentença, por não ter o MM. Juiz *a quo* considerado os testemunhos que afirmaram a atividade rural da autora.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Preliminarmente, a alegação de nulidade da r. sentença, por não ter o MM. Juiz *a quo* considerado os testemunhos que afirmaram a atividade rural da autora se confunde com o mérito do presente apelo e será analisada como segue.

A questão vertida nos presentes autos diz respeito à comprovação do tempo de atividade rural, para o fim de propiciar a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A concessão de aposentadoria por idade rural depende do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 48 e 143 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o implemento da idade - 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, - e a comprovação do tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício, consoante prescrito no art. 142 do mesmo diploma legal.

Nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não basta a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rurícola, com o fim de obtenção de benefício previdenciário. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

No caso em exame, a autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 24.06.1994 (fls.09), devendo, assim, comprovar 72 (setenta e dois) meses de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para obtenção do benefício.

Entretanto, da análise do conjunto probatório, verifica-se que a autora não logrou demonstrar o exercício de atividade rural pelo período correspondente à carência.

Com efeito, a autora carrou aos autos a seguinte documentação: certidão de casamento, contraído em 01.10.1973, onde consta a profissão de lavrador do marido da autora (fls.10); certidão de óbito do marido da autora, ocorrido em 03.06.2003, onde consta a profissão do mesmo como aposentado (fls.11).

Por outro lado, os depoimentos prestados pelas testemunhas não foram suficientes para estender o alegado trabalho rural da autora pelo período de carência exigido *in casu* para a concessão do benefício.

Como bem assinalou a r. sentença (fls.39/41v.), *in verbis*:

"Ademais, as testemunhas ouvidas na instrução do feito não souberam precisar os locais em que a requerente supostamente exerceu atividades campesinas, nem tampouco atestaram de forma contundente o desempenho de tais atividades ao longo do período exigido pela lei.

Não fosse o bastante, do cotejo das informações prestadas pela Autora com aquelas contidas nos depoimentos das testemunhas, tem-se que alguns pontos restaram controversos, pois ao passo que aquela afirma haver trabalhado com Maria do Carmo no Sítio de Ito e em outras propriedades, atesta a testemunha que não trabalhou com a Autora no Sítio Borborema, do mesmo Sr. Ito (f.27). Além disso, a Requerente também afirmou haver trabalhado como bóia-fria com a testemunha Maria Salomé, sendo que esta, ao seu tempo, asseverou nunca ter presenciado a Autora diretamente no trabalho rural. Aliás, Maria Salomé afirmou em seu depoimento ser comerciante (f.29), ou seja, a testemunha não era trabalhadora rural."

Consoante entendimento desta E. Corte, não comprovado o exercício de atividade rural pelo período de carência exigido em lei, não há como reconhecer o direito ao benefício pleiteado. Neste sentido, os julgados abaixo:

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA.

I. Para a comprovação da atividade laborativa exercida nas lides rurais, sem o devido registro em carteira, torna-se necessária a apresentação de um início razoável de prova material corroborada pela prova testemunhal.

II. Inviável a concessão do benefício pleiteado, em face da fragilidade do conjunto probatório apresentado a demonstrar o efetivo labor da parte autora na qualidade de rurícola.

III. Agravo a que se nega provimento."

(AgRg em AC 2006.03.99.024073-3, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, Sétima Turma, j. 26.04.2010, DJ 05.05.2010)

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELO. AGRAVO LEGAL. MATÉRIA PACIFICADA. IMPROVIMENTO.

-Agravo legal tendente à reforma de decisão unipessoal.

-Início de prova material não corroborado e ampliado por prova testemunhal idônea e coesa.

-Não-comprovação do efetivo exercício de atividade rural durante o lapso de tempo legalmente exigido (carência).

-Impossibilidade de reconhecimento do direito ao benefício postulado.

-Entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria vertida nos autos.

-Agravo legal improvido."

(AC 2008.03.99.056583-7, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, Décima Turma, j. 25.08.2009, DJ 09.09.2009)

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA TESTEMUNHAL FRÁGIL. CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA NÃO COMPROVADO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - O início de prova material produzido pela autora não foi corroborado por testemunhas, haja vista que os depoimentos não deram conta de atestar o exercício de atividade rural por período suficiente ao cumprimento da carência.

II - Não há condenação da autora ao ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

III - Apelação da autora improvida."

(AC 2008.03.99.044664-2, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 24.03.2009, DJ 07.04.2009)

Assim, não restou comprovado o preenchimento dos requisitos legais necessários à concessão do benefício pleiteado, em especial o exercício de atividade rural pelo período de carência necessário, pelo que merece ser mantida a sentença recorrida.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora

00038 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000129-86.2010.4.03.6126/SP
2010.61.26.000129-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : LUIS PEDRO RUSTIGUELLI

ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro

CODINOME : LUIZ PEDRO RUSTIGUELLI

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : FABIO ALMANSA LOPES FILHO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00001298620104036126 1 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido de revisão do reajuste de benefício formulado pelo autor.

Alega o recorrente, em síntese, ter havido cerceamento de defesa e violação ao princípio do devido processo legal em razão do julgamento antecipado da lide.

Aduz, quanto ao mérito, que o valor do benefício deve ser reajustado por força do Art. 14 da EC 20/98 e Art. 5º da EC 41/03, que aumentaram o limite máximo para o valor dos benefícios previdenciários.

Com as contra-razões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

De início verifico que o pedido do autor versa sobre questão exclusivamente de direito que, portanto, comporta julgamento antecipado da lide, nos termos do Art. 285-A do CPC:

Art. 285-A . Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Quanto ao mérito, observo que o artigo 29, §2º, da Lei 8.213/91 estabeleceu o teto de pagamento dos benefícios pagos pela Previdência Social. Após exaustiva discussão nos Tribunais Superiores pátrios, o Supremo Tribunal Federal fulminou a questão, decidindo pela constitucionalidade do limite legalmente imposto.

Nos anos de 1998 e 2003, o teto máximo de pagamento da Previdência foi reajustado, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 (art. 14º) e nº 41/03 (art. 5º).

Contudo, não há que se falar na equiparação entre os valores dos benefícios previdenciários concedidos anteriormente às referidas Emendas e aqueles concedidos a *posteriori*, já sob a égide das novas normas Constitucionais, tendo em vista a sua previsão expressa, *in verbis*:

"Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social." (EC nº 20/98 - grifo nosso)

"Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social." (EC nº 41/03 - grifo nosso).

Ora, fazer incidir, retroativamente, os limites máximos dos valores dos benefícios estipulados nas Emendas Constitucionais supracitadas, afrontaria o princípio da legalidade (*lato sensu*), por ausência de previsão legal expressa. Nunca é demais lembrar que os requisitos legais que devem incidir quando do cálculo do valor inicial do benefício previdenciário são aqueles vigentes à época de sua concessão, consoante a regra *tempus regit actum*, aplicada ao Direito Previdenciário.

Ademais, também não há que se falar em aplicação do índice previsto para majoração do teto. Isto porque, os dispositivos legais ora debatidos não tratam de reajustamento de benefícios previdenciários (nem mesmo de reajustamento de salários-de-contribuição - custeio), não trazendo qualquer índice que deva se aplicado aos benefícios em manutenção pelo INSS, mas sim, tão somente, de majoração do teto de pagamento dos benefícios da Previdência. Ocorre que não há previsão legal de paridade entre o limite máximo para o valor dos benefícios e o reajuste dos benefícios previdenciários concedidos em data anterior às referidas emendas constitucionais, razão pela qual devem ser aplicados os índices de reajuste previstos na legislação infraconstitucional.

Esse o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL INICIAL. REAJUSTE. EQUIVALÊNCIA COM O TETO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

1. Esta Corte consolidou entendimento de que "inexiste previsão legal para a pretendida equivalência entre a variação do salário-de-contribuição e o valor dos benefícios previdenciários". (AgRg no Ag nº 665.167/MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 18/12/2006)

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no REsp 1095695/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 06.04.2009)

No mesmo sentido o entendimento das Colendas Sétima e Décima turmas desta Corte, conforme se vê nos julgados a seguir transcritos:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/2003. PROPORCIONALIDADE NOS REAJUSTES DOS BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO.

I - Os embargos servem apenas para esclarecer o obscuro, corrigir a contradição ou integrar o julgado. De regra, não se prestam para modificar o mérito do julgamento em favor da parte.

II - Não encontra amparo legal a pretensão do embargante quanto à incidência, quando do reajuste de seu benefício já em manutenção, do índice de elevação do teto dos salários-de-contribuição, consoante as disposições insertas nas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/2003.

III - Se quando do primeiro reajuste houve a aplicação do percentual referente à diferença entre a média dos salários-de-contribuição e a limitação ao teto (artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94), não há que se falar em defasagem do benefício em razão da elevação posterior do teto dos salários-de-contribuição, não se verificando, dessa forma, qualquer ofensa ao artigo 202 (redação original) ou 201, ambos da Constituição da República.

IV - Embargos de declaração interpostos pela parte autora rejeitados.

(AC 2007.61.09.010004-5, Décima Turma, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, DJF3 23.04.2010)

PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - ALTERAÇÃO DO TETO CONTRIBUTIVO. REFLEXOS SOBRE OS BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO - RECUPERAÇÃO DO VALOR EXCEDENTE DE SALÁRIO DE BENEFÍCIO LIMITADO AO TETO PARA FINS DE REAJUSTES E LIMITAÇÃO AOS NOVOS TETOS. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS SOB A ÉGIDE NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - PRIMEIRO REAJUSTE DO BENEFÍCIO COM A INCORPORAÇÃO DE QUE TRATA O § 3º DO ARTIGO 21 DA LEI 8.880/94 NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO DE RESÍDUOS NÃO COBERTOS NO PRIMEIRO REAJUSTE. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA

- Inexiste direito ao reajustamento de benefício em manutenção pelo simples fato de o teto ter sido majorado. O novo teto passa simplesmente a representar o novo limite para o cálculo da RMI (arts. 28, §2º e 33 da LB). As alterações do valor-teto oriundas das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, portanto, não tiveram a pretensão de alterar os benefícios em manutenção, mas sim de definir novo limite, não caracterizando recomposição de perdas e, por conseguinte, não constituindo índices de reajuste de benefício.

- Não foi alvo das Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03 estabelecer equiparação ou reajuste, mas sim modificação do teto, o que não ocasiona, de pronto, reajuste dos benefícios previdenciários. - Ademais, não há qualquer base constitucional ou legal para o pedido de reajuste das prestações previdenciárias na mesma proporção do aumento do salário-de-contribuição.

- Não há falar, também, em recuperação de valores limitados pelo teto vigente quando do cálculo da RMI por ocasião da concessão do benefício, a não ser quando se tratar de hipótese de incidência do art. 26 da Lei 8.870/94 ou do art. 21 da Lei nº 8.880/94, e, portanto, somente por ocasião do primeiro reajuste. No caso em foco, os benefícios dos coautores já foram revistos, no âmbito administrativo, nos termos do § 3º do artigo 21 da Lei nº 8.880/94. Não há, entretanto, como se recuperar eventuais resíduos dos salários-de-benefício não cobertos no primeiro reajuste, por falta de amparo legal.

- Apelação da parte autora desprovida.

(AC 2007.61.14.003252-2, Sétima Turma, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, DJF3 12.02.2010)

Ante ao exposto, com base no Art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento à apelação**, mantendo-se a r. sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00039 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000934-36.2010.4.03.6127/SP

2010.61.27.000934-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

APELANTE : FATIMA APARECIDA DE SOUZA

ADVOGADO : RENATA NETTO FRANCISCO e outro

APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : MARINA DURLO NOGUEIRA LIMA e outro

: HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 00009343620104036127 1 Vr SAO JOAO DA BOA VISTA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de revisão de benefício formulado pelo autor com o fim de que os valores recebidos a título de décimo terceiro salário, no período básico de cálculo, fossem computados no cálculo da renda mensal inicial.

Alega o recorrente, em síntese, que deve ser aplicada a redação original do Art. 28, § 7º, da Lei 8.213/91 para que os valores recebidos a título de décimo terceiro salário sejam computados no cálculo da renda mensal inicial.

Com as contrarrazões subiram os autos.

É o relatório. Decido.

Ressalto que meu entendimento pessoal diverge da jurisprudência consolidada nesta 10ª. Turma, porque convicta de que é indevida a inclusão da gratificação natalina no cálculo do salário de benefício.

Com efeito, a partir da data da publicação da Lei nº 8.870/94, o décimo terceiro salário (gratificação natalina) foi expressamente excluído do período básico de cálculo dos benefícios.

Lei 8.213/91:

Art. 29 (...)

§ 3 **Serão considerados para cálculo do salário-de-benefício** os ganhos habituais do segurado empregado, a qualquer título, sob forma de moeda corrente ou de utilidades, sobre os quais tenha incidido contribuições previdenciárias, exceto o décimo-terceiro salário (gratificação natalina).

Lei nº 8.212/91

Art. 28 (...)

§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento. (grifei).

A alteração do art. 28, § 7º da Lei nº 8212/91 já constava da Medida Provisória nº 381 de 06/12/93 (publicada no dia seguinte) bem como de suas sucessivas reedições (MP nº 408, MP nº 425 e MP nº 446). Porém, a alteração no art. 29, § 3º da Lei nº 8213/91, harmonizando o sistema, somente ocorreu quando da conversão da última medida provisória (MP nº 446 de 09/03/1994) na Lei nº 8.870/94, razão pela qual considero que a vedação somente passou a ser expressa nesta data.

Tais disposições, evidentemente, alcançam todos os benefícios concedidos após a entrada em vigor de tal lei. Isto porque os parâmetros de cálculos da renda mensal inicial, tais como correção monetária, composição do período básico de cálculo, alíquotas que incidem sobre salário de benefício, entre outros, são aqueles vigentes na data de início dos mesmos. Neste sentido, inclusive, precedente do plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal (RE 470244 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a):Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 09/02/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 23-03-2007 PP-00050EMENT VOL-02269-08 PP-01642).

Assim, para fins de cálculo da renda mensal inicial, a legislação vigente na data do recolhimento de cada salário de contribuição é irrelevante. Observe-se que, atualmente, o período básico de cálculo é bastante extenso (art. 29, I e II da Lei nº 8213/91 e 3º da Lei nº 9.876/99), e o benefício, evidentemente, será calculado de acordo com as regras atuais. Esclareço que nestes autos não se discute alteração dos termos inicial e final do período básico de cálculo, apenas a inclusão do 13º salário ou não no mesmo.

Para os benefícios concedidos após 16.04.1994 a vedação é expressa, como já explanado.

Resta porém, a discussão se é possível ou não a inclusão da gratificação natalina no cálculo dos benefícios concedidos ainda na égide das redações originárias das Leis nº 8.213/91 e nº 8.212/91.

A despeito da existência de julgamentos favoráveis e desfavoráveis em relação ao tema anoto que, em sessão de julgamento realizada em 27/03/2009, a **Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais**, ao julgar o Incidente n.º 2007.85.00.505929-9, da relatoria do Exmo. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, firmou entendimento em sentido contrário à pretensão da parte autora. Transcrevo a seguir trecho do voto:

"(...)

No mérito, observo que deve haver simetria entre as fontes de custeio e de benefícios da Previdência Social.

Assim, se de um lado os segurados vertem contribuições sobre o décimo-terceiro salário, de outro lado a gratificação natalina também é assegurada aos titulares de benefícios previdenciários continuados.

Por isso, se o décimo-terceiro salário fosse incluído no cálculo do salário-de-benefício, caracterizar-se-ia a dupla contagem no âmbito do pagamento de benefícios. O valor do décimo-terceiro salário alavancaria o valor da renda mensal inicial e, ao mesmo tempo, não elidiria o pagamento da gratificação natalina aos titulares de benefícios continuados. No entanto, não haveria fonte de custeio para essa majoração, e, ao mesmo tempo, haveria a dupla contagem de um mesmo fator, na concessão de benefícios.

Em face disso, adoto o entendimento expresso no enunciado da súmula n.º 18, das Turmas Recursais da Seção Judiciária de Santa Catarina, in verbis:

"É indevida a inclusão da gratificação natalina nos salários-de-contribuição ou no período base de cálculo de benefícios previdenciários, mesmo no regime anterior ao advento da Lei 8.870/94."

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do pedido de uniformização, e negar-lhe provimento.

É o voto." (grifei)

Assim, meu entendimento segue a mesma conclusão da Turma Nacional de Uniformização.

Todavia, essa E. Turma já consolidou entendimento em sentido contrário, a saber:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA - RENDA MENSAL INICIAL - INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA FINS DE CÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE NA VIGÊNCIA DOS ART. 28, PARÁGRAFO 7º DA LEI 8.212/1991 E § 3º DO ARTIGO 29 DA LEI Nº 8.213/1991 EM SUAS REDAÇÕES ORIGINAIS ANTERIORMENTE A VIGÊNCIA DA LEI 8.870/94- CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA E APELO AUTÁRQUICO DESPROVIDO. - Decadência do direito de revisão do benefício de aposentadoria (DIB 01.09.1991). Inaplicável à espécie o artigo 103 da Lei nº 8.213/91, com a redação trazida pelas Leis nº 9.528/97, 9.711/98 e 10.839/2004, uma vez que a novel legislação passa a ter efeitos tão-somente sobre os benefícios que vierem a se iniciar sob sua égide, não podendo incidir sobre situações já consolidadas pelo direito adquirido. - O cômputo dos décimos-terceiros salários para fins de cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário foi autorizado pela legislação previdenciária, até a edição da Lei 8.870, de 15 de

abril de 1994, que alterou o art. 28, parágrafo 7º da Lei de Custeio e art. 29, parágrafo 3º da Lei de Benefícios. - A correção monetária deverá incidir consoante dispõem as Súmulas nº 148 do Colendo STJ e 08 desta E. Corte e Resolução n. 561, de 02-07-2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o novo Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal. - Os juros de mora incidem desde a citação inicial, à razão de 1% (um por cento) ao mês, conforme artigo 406 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002, considerando que o INSS foi citado já sob a égide desse diploma. - Honorários advocatícios reduzidos para 10% sobre o montante da condenação, nela compreendidas as parcelas vencidas até a data da r. sentença condenatória, consoante o disposto na Súmula nº 111 do STJ. - Remessa oficial parcialmente provida e apelação do INSS desprovida.

(APELREE 200903990054409, Desembargadora Federal EVA REGINA, Sétima Turma; DJ 09/09/2009) e PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA NO CÁLCULO DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ANTERIORMENTE À LEI Nº 8.870/94.

1. Para os benefícios concedidos em data anterior ao advento da Lei nº 8.870/94, o décimo-terceiro salário (gratificação natalina) deve ser considerado no salário-de-contribuição para fins de cálculo do salário-de-benefício e apuração da renda mensal inicial. Inteligência do art. 28, § 7º, da Lei nº 8.212/91 e do art. 29, § 3º, da Lei nº 8.213/91, ambos em sua redação primitiva.

2. Os juros de mora incidem à base de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, de forma decrescente para as parcelas posteriores a tal ato processual e de forma globalizada para as anteriores, sendo que a partir de 11/01/2003 os juros deverão ser computados à base de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do novo Código civil, c.c. o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, os quais têm incidência até a data da expedição do precatório, desde que este seja pago no prazo estabelecido pelo artigo 100 da Constituição Federal (STF; RE nº 298.616/SP).

3. Reexame necessário parcialmente provido.

(AC 2004.03.99.025226-0, Rel. Desembargador Federal Galvão Miranda, Décima Turma, DJU 26.04.2006)"

No mesmo sentido vem decidindo o Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, como se vê dos acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. 13º SALÁRIO E ADICIONAL DE FÉRIAS. CÔMPUTO NOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO.

1. A inflação a ser considerada na atualização monetária dos salários-de-contribuição considerados no cálculo do salário-de-benefício é aferida até o mês imediatamente anterior ao mês do início do benefício.

2. Concedido o benefício antes do advento da Lei n. 8.870/94, é devida a inclusão da gratificação natalina no cálculo do salário-de-benefício.

3. ... "omissis".

(AC 003.71.00.061668-5, JOÃO BATISTA LAZZARI, TRF4 - SEXTA TURMA, 05/08/2009)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. 1. Consoante dispõe o art. 201, §4º, da CF/88, os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão considerados para efeito de contribuição previdenciária, conforme dispuser a lei. Logo, devem ser considerados no cálculo dos salários de contribuição os ganhos a título de diferenças salariais e prêmios de vendas (Lei nº 8.213/91, art. 29, §3º). 2. As gratificações natalinas também devem ser consideradas para efeito de cálculo do salário de benefício, por aplicação da lei vigente à época da concessão. 3. Não integram o salário de contribuição, segundo dispõe o art. 28, §9º, da Lei nº 8.212/91, os abonos de férias não excedentes aos limites da legislação trabalhista. 4. A aplicação de limitações aos salários de contribuição individualmente considerados funciona como um freio do sistema, traduzindo-se em normas que pretendem viabilizar a Previdência Social, em nada contrariando qualquer dispositivo de hierarquia superior.

(AC 9704481381, VIRGÍNIA AMARAL DA CUNHA SCHEIBE, TRF4 - QUINTA TURMA, 05/07/2000)"

Entretanto, observo que, no caso dos autos, a data de início do benefício (DIB) é de 10.09.1995 (fl. 15), portanto, posterior à Lei 8.870, publicada em 16.04.94, que veda a inclusão da gratificação natalina.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a revisão dos benefícios previdenciários obedece ao princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o seu cálculo deverá ser feito de acordo com a legislação vigente à época em que preenchidos os requisitos a ele necessários. É o que se vê no julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes.

Desta forma, deve ser aplicada a Lei 8.870/94, que veda o cômputo da gratificação natalina no cálculo do salário-de-benefício.

Ante o exposto, **nego seguimento** à apelação do autor, com fundamento no Art. 557, *caput* do CPC, mantendo-se a r. sentença.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

MARISA CUCIO

Juíza Federal Convocada

00040 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002067-42.2010.4.03.6183/SP

2010.61.83.002067-1/SP

RELATORA : Desembargadora Federal DIVA MALERBI
APELANTE : YARA APARECIDA FELISBERTO
ADVOGADO : NIVEA MARTINS DOS SANTOS e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : LENITA FREIRE MACHADO SIMAO e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 00020674220104036183 4V Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por YARA APARECIDA FELISBERTO em ação ordinária, onde se objetiva a revisão de seu benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 08.08.1997), de modo que, no cálculo da renda mensal inicial do seu benefício seja aplicado o critério estabelecido no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

A r. sentença, decidindo antecipadamente a lide nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido. Condenou a parte autora em verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, os quais deixam de serem exigidos por ser a autora beneficiária da justiça gratuita. Sem custas.

Em razões recursais, pugna a parte autora, preliminarmente, pela anulação da r. sentença, ante a impossibilidade do julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, em razão do cerceamento de defesa, bem como ofensa aos princípios do direito de ação, devido processo legal e do contraditório. Aduz, no mérito, que nos casos de recebimento de benefício por incapacidade, deve ser considerado como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do auxílio-doença, devidamente reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral. Alega que a legislação previdenciária determina que seja feito um novo cálculo quando o auxílio-doença de um beneficiário é convertido em aposentadoria por invalidez. Sustenta que o INSS não atualizou para efeitos de cálculo da renda mensal inicial, o salário de benefício do auxílio-doença, limitando-se a apenas modificar o coeficiente de cálculo do novo benefício de aposentadoria por invalidez de 91% para 100% do seu salário de benefício, infringindo o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Requer o provimento do presente apelo.

Citado o INSS, nos termos do disposto no artigo 285-A, § 2º, do Código de Processo Civil, apresentou contrarrazões aduzindo, em síntese, que a aplicação do disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91 à aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença consiste em contrariedade direta aos arts. 2º, 5º, *caput* e XXXVI, e 201, *caput* e § 1º, da CF, bem como aos preceitos constantes do art. 195, § 5º, da Carta Magna. Requer seja improvido o recurso.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, é de ser afastada a alegação de impossibilidade do julgamento antecipado da presente ação, nos termos do 285-A do Código de Processo Civil, em razão do cerceamento de defesa e ofensa aos princípios do direito de ação, do devido processo legal e do contraditório.

Com efeito, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, em seu art. 285-A, permite ao julgador, nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo houver decisões de total improcedência em outros casos idênticos, proferir sua decisão de plano, usando como paradigma aquelas já prolatadas.

São requisitos necessários ao julgamento *prima facie*: a) a causa versar sobre questão unicamente de direito; b) existam precedentes do mesmo juízo; c) houver julgamentos anteriores pela improcedência total do pedido.

Ressalte-se que o mecanismo possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

In casu, verifica-se que a matéria versada no presente feito é exclusivamente de direito, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, podendo a lide ser julgada antecipadamente, ante a desnecessidade da produção de qualquer outra prova, uma vez que aquelas constantes dos autos são suficientes a ensejar o convencimento do julgador.

Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRA MAIS VANTAJOSA. ABSTENÇÃO DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS JÁ RECEBIDAS.

I - Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, pode a lide ser julgada antecipadamente, inclusive nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, não sendo necessária a transcrição da sentença proferida no processo análogo, cabendo somente a reprodução do teor da mesma.

(...)

V - Agravo interposto pela parte autora na forma do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil improvido." (AC nº 2009.61.83.005648-1, Rel. Des. Federal Sergio Nascimento, 10ª T., j. 06.04.2010, DE 13.04.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Agravo legal interposto com fundamento no art. 557, §1º, do CPC, objetivando a reconsideração da decisão, alegando a inaplicabilidade do art. 285-A do CPC, além de ser indevida a incidência do fator previdenciário no cálculo do salário-de-benefício.

II - Admite-se o julgamento de improcedência *prima facie*, nos termos do art. 285-A do CPC. Tema unicamente de direito. Análise não é incipiente e conta com orientação do Supremo Tribunal Federal.

(...)

VII - Agravo não provido.

(AC 2009.61.83.007671-6, Rel. Des. Federal Marianina Galante, 8ª T., j. 16.08.2010, DE 09.09.2010)

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria "unicamente controvertida de direito", autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

(...)

- Agravo legal desprovido."

(AC 2009.61.83.007360-0, Rel. Des. Federal Eva Regina, 7ª T., j. 08.03.2010, DE 18.03.2010)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. REAJUSTE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS. EC 20/98 E 41/03. ART. 20, § 1º E ART. 28, § 5º DA LEI Nº 8.212/91. PRECEDENTES DESTA E. CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

- Não há como acolher a alegação de que a aplicação do art. 285-A do CPC viola o art. 5º, XXXV, LIV, LV, da CF, como ventilado na decisão ora agravada, a nova regra introduzida pela Lei nº 11.277/2006, possibilita ao magistrado agilizar o julgamento de causas consideradas repetitivas, no caso de improcedência, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, sem que haja qualquer violação ao devido processo legal.

(...)

- Agravo desprovido."

(AC nº 0009975-87.2009.4.03.6183, Rel. Des. Federal Diva Malerbi, 10ª T., j. 27.04.2010, DE 06.05.2010)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO QUE REJEITOU A PRELIMINAR E NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. No caso, a decisão agravada rejeitou a preliminar e negou seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, em conformidade com: a) o entendimento pacificado por esta Corte Regional, no sentido de que, quando a matéria controvertida for unicamente de direito, aplica-se, sem afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o disposto no artigo 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11277/06 (AC nº 2006.61.14.002872-1 / SP, 3ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJU 05/12/2007, pág. 14); (...)

(...)

4. Recurso improvido."

(AC 2003.61.00.038122-8, Rel. Des. Federal Ramza Tartuce, 5ª T., j. 05.04.2010, DE 23.04.2010)

No mérito, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos casos de concessão de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença, em que não há períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRECEDENTES.

1. Consoante firme orientação desta Corte, não havendo períodos intercalados de contribuição entre a concessão de um benefício e outro, não se aplica o disposto no § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuja incidência se dá somente na hipótese do inc. II do seu art. 55.

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1108867/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 19/08/2009, DJe 13/10/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 36 DO DECRETO N.º 3.048/99. PROVIDO.

- Sendo o benefício aposentadoria por invalidez precedido, imediatamente, de auxílio-doença, a Renda Mensal Inicial será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

- Não há falar, portanto, em aplicação do art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91, por ausência, no caso concreto, de períodos intercalados de gozo do auxílio-doença e período de atividade.

- Agravo regimental provido."

(AgRg no REsp 1039572/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. APLICAÇÃO DO § 7º DO ART. 36 DO DECRETO Nº 3.048/99.

I - Nos casos em que há mera transformação do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, não havendo, portanto, período contributivo entre a concessão de um benefício e outro, o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez far-se-á levando-se em conta o mesmo salário-de-benefício utilizado no cálculo do auxílio-doença. Precedentes das ee. Quinta e Sexta Turmas.

II - Aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

Agravo regimental desprovido."

(AgRg na Pet 7.109/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, j. 27/05/2009, DJe 24/06/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. RENDA MENSAL INICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/99. PRECEDENTES.

1. Consoante entendimento firmado por este Tribunal Superior, no caso do benefício da aposentadoria por invalidez ser precedido de auxílio-doença, a renda mensal será calculada a teor do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, ou seja, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% (cem por cento) do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

Precedentes.

2. A via especial, destinada à uniformização do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1114918/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 22/09/2009, DJe 13/10/2009)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta E. Corte Regional, consoante acórdãos assim ementados:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REVISÃO DA RENDA MENSAL. DESCABIMENTO.

I - O agravo regimental interposto, deve ser recebido como agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, considerando a tempestividade e o princípio da fungibilidade recursal.

II - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (02.05.2007), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 17.03.2006, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio tempus regit actum, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

III - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

IV - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pela parte autora, improvido."

(AgAC 2009.61.19.011464-6, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 28.09.2010, DE 07.10.2010)

"AGRAVO LEGAL - PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC. POSSIBILIDADE - PREVIDENCIÁRIO. - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE - AUSÊNCIA DE PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIORMENTE AO TÉRMINO DO AUXÍLIO-DOENÇA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 7º, DO ARTIGO 36 DO DECRETO Nº 3.048/1999 - NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DO ARTIGO 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

- É sabido que a nova sistemática dos recursos, introduzida pela Lei n. 9.756/1998, permite ao relator decidir monocraticamente o recurso em que se discute matéria cuja jurisprudência é reiterada.

- A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem invalida essa garantia, porquanto a colegialidade e o duplo grau restam mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental.

- Mesmo que a solução da demanda dependa de matéria fática, é possível a aplicação do art. 557 e parágrafos do CPC, quando os próprios elementos trazidos nos autos - como é o caso - já evidenciarem o entendimento dos tribunais, em casos análogos.

- Nos termos do artigo 55, II, da Lei nº 8.213/91, somente se admite a contagem de tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo.
- Tratando-se de aposentadoria por invalidez originada de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente, não existe período contributivo posterior à data de cessação do auxílio-doença, de modo que não há espaço para a aplicação do disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Necessária aplicação do disposto no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99. Precedentes recentes do STJ.
- O valor da aposentadoria por invalidez originada da conversão de auxílio-doença e a ele imediatamente subsequente é calculada mediante a aplicação do coeficiente de cálculo de 100% sobre o valor atualizado do salário de benefício do auxílio-doença.
- Agravo legal desprovido.

(AgAC 2009.61.19.010004-0, Rel. Desembargadora Federal Eva Regina, Sétima Turma, j. 27.10.2010, DE 04.11.2010)
"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RMI. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. § 5º DO ART. 29 DA LEI 8.213/91.

- Nos termos do artigo 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.

- A hipótese do artigo 29, parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91, somente se aplica nas hipóteses em que há períodos intercalados de contribuição entre a concessão do auxílio-doença e sua posterior conversão em aposentadoria por invalidez. Precedentes.

- Apelação improvida."

(AC 2009.03.99.023808-9, Rel. Juíza Convocada Márcia Hoffmann, Oitava Turma, j. 02.08.2010, DE 09.09.2010)
"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/1999. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ARTIGO 29 DA LBPS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO.

I - Quando da concessão da aposentadoria por invalidez (27.10.2005), a parte autora encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21.12.2004, descabendo falar-se na aplicação dos critérios previstos no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, uma vez que a legislação incidente deve ser aquela vigente ao tempo da reunião dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício, in casu, incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (art. 62 da Lei nº 8.213/91) e, portanto, em obediência ao princípio *tempus regit actum*, o cálculo da renda mensal inicial foi corretamente efetuado de acordo com o artigo 36, § 7º do Decreto nº 3.048/99.

II - A aplicação do § 5º do artigo 29 da LBPS deve ocorrer nas hipóteses em que houver a percepção do auxílio-doença em períodos intercalados com outros de efetiva contribuição.

III - Não há condenação do demandante aos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

IV - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, providas."

(AC 2009.03.99.022721-3, Rel. Desembargador Federal Sergio Nascimento, Décima Turma, j. 01.06.2010, DE 24.06.2010)

Consoante se verifica dos autos, a parte autora obteve a concessão do benefício de auxílio-doença em 18.03.1996, o qual foi cessado em 07.08.1997 em virtude da aposentadoria por invalidez que o sucedeu, a partir de 08.08.1997 - extratos CONBAS - Dados Básicos da Concessão anexos a esta decisão.

Assim, tendo a aposentadoria por invalidez (DIB 08.08.1997) sido concedida por transformação do auxílio-doença que a parte autora vinha recebendo, ininterruptamente desde 18.03.1996, inaplicável o disposto no § 5º do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, já que não houve período de contribuição intercalado entre os dois benefícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, **nego seguimento** à apelação da parte autora.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora