



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 3/2013 – São Paulo, sexta-feira, 04 de janeiro de 2013

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 19996/2012

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0003143-88.2002.4.03.6181/SP

2002.61.81.003143-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : JORGE CHAMMAS NETO
ADVOGADO : ANTONIO AUGUSTO DE SOUZA COELHO
: ANDRE BOIANI E AZEVEDO
APELANTE : JOSUE MESANELLI SOUTO RATOLLA
ADVOGADO : ERIC RIBEIRO PICCELLI
APELADO : Justica Publica
TRANÇADO POR
DECISÃO JUDICIAL : OSCAR MARCONDES PIMENTEL
EXTINTA A
PUNIBILIDADE : ITALO FITTIPALDI falecido
: ERNANI DUARTE BARRETO falecido
: JOSE CARLOS NOBRE
: NILO JOSE SIRIO
CODINOME : NILO JOSE SYRIO
EXTINTA A
PUNIBILIDADE : ANTONIO FERREIRA MARQUES falecido
REU ABSOLVIDO : CARLOS AGUIAR JUNIOR
EXTINTA A
PUNIBILIDADE : JOSE TUPY CALDAS DE MOURA
: ROBERTO DE CARVALHO RESENDE falecido
: LUIZ FERNANDO MUSSOLINI falecido
REJEITADA
DENÚNCIA OU
QUEIXA : ALBERTO POLICARPO

DESPACHO

Fls. 3.396, 3.406, 3.407/3.499, 3.507 e 3.508: Trata-se de recurso de apelação interposto pelas defesas de Josué Mesanelli Souto Ratolla e Jorge Chammas Neto contra a sentença condenatória de fls. 3.341/3.360 e 3.390/3.394. O recurso de Jorge encontra-se devidamente arrazoado, enquanto o apelante Josué manifestou desejo de apresentar razões nessa instância, a teor do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal. Intimem-se os defensores do apelante Josué Mesanelli Souto Ratolla, Dr. André Boiani e Azevedo, OAB/SP n. 146.347, e Dr. Eric Ribeiro Piccelli, OAB/SP n. 232.335 (fl. 3.508), para que apresentem razões recursais. Oferecidas razões de apelação, encaminhem-se os autos à primeira instância para apresentação de contrarrazões pelo Ministério Público Federal e, com a sobrevinda destas, à Procuradoria Regional da República para parecer. Após, retornem conclusos. Intime-se. Publique-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2012.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008963-16.2002.4.03.6108/SP

2002.61.08.008963-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI
APELANTE : Justica Publica
APELADO : MARCELO DE ALMEIDA
ADVOGADO : CRISTIANE GARDIOLO (Int.Pessoal)
No. ORIG. : 00089631620024036108 3 Vr BAURU/SP

DESPACHO

Às fls. 515/516 o MM. Público Federal, por sua Procuradoria Regional da República, pugna pela conversão do julgamento em diligência, com baixa dos autos ao primeiro grau, para requisição completa das certidões de antecedentes criminais no âmbito da Justiça Estadual, tais como folha de antecedentes do IIRGD e certidões de objeto e pé daqueles feitos em que a folha indicar a existência de condenação.

Sustenta que o eventual provimento do recurso de apelação do órgão ministerial, a possível condenação do réu dependeria da prévia juntada aos autos de completa informação a respeito dos antecedentes.

Verifico que por força da decisão definitiva proferida em sede Mandado de Segurança, o Ministério Público Federal obteve êxito no pedido de requisição de certidões de antecedentes do acusado (fls. 482/488). E, em cumprimento àquela decisão, as certidões foram juntadas nos presentes autos (fls. 492/504- Polícia Federal Bauru/INFOSEG-SENAP) e as demais (Justiça Comum de Botucatu/SP, Itaberaba/BA, Justiça Federal de Botucatu/Bauru/São Paulo e Salvador/BA, IIRGD), autuadas em apenso.

Sendo assim, entendo que o pleito ministerial deve ser deferido na parte que requer a juntada de certidões de objeto e pé das ações criminais distribuídas no Fórum de Botucatu e naquelas que constem do IIRGD, desde que não estejam arquivadas ou com decreto de extinção da punibilidade.

Baixem os autos para cumprimento, com a maior brevidade possível.

Int.

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.
TÂNIA MARANGONI
Juíza Federal Convocada

00003 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001811-51.2011.4.03.6123/SP

2011.61.23.001811-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : JAIDER GOMES reu preso
ADVOGADO : VITOR HUGO SCARTEZINI e outro
APELADO : Justica Publica
No. ORIG. : 00018115120114036123 1 Vr BRAGANCA PAULISTA/SP

DESPACHO

Expeça-se Guia de Recolhimento Provisório, em favor de JAIDER GOMES, em cumprimento à Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 19, de 29 de agosto de 2006.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 29 de outubro de 2012.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0004460-67.2011.4.03.6000/MS

2011.60.00.004460-7/MS

RELATORA : Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : LEANDRO VILELA LIMA DE OLIVEIRA reu preso
ADVOGADO : FERNANDO CEZAR PICANCO CABUSSU (Int.Pessoal)
: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00044606720114036000 5 Vr CAMPO GRANDE/MS

DESPACHO

Expeça-se Guia de Recolhimento Provisório, em favor de LEANDRO VILELA LIMA DE OLIVEIRA, conforme sentença de fls. 226/231 e Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 19, de 29 de agosto de 2006.

Após, voltem conclusos.

Int.

São Paulo, 29 de outubro de 2012.

RAMZA TARTUCE

Desembargadora Federal

00005 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0006268-46.2008.4.03.6119/SP

2008.61.19.006268-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : PABLO JAIME SARABIA CUELLAR reu preso
ADVOGADO : MARCO ANTONIO DO AMARAL FILHO e outro
APELADO : Justica Publica

DESPACHO

Fl. 817/818: Considerando o teor da manifestação ministerial de fls. 890/894, determino seja processada a alienação antecipada, nos termos do artigo 62, §4º e seguintes, da Lei nº 11.343/2006 c.c artigo 144-A e parágrafos do Código Penal, de modo a se evitar a deterioração dos bens indicados à fl. 817:

- a) 01 (um) telefone celular, marca SAMSUNG nº 357534/00/998608/1, com respectivo chip;
- b) 01 (um) notebook, marca SIEMENS nº YSLM110060.

Assim, proceda a Subsecretaria da 5ª Turma a autuação da alienação e o seu encaminhamento ao Juízo *a quo* para processamento, encaminhando cópia dessa decisão, do pedido de destinação de fls. 817/818, da manifestação ministerial de fls. 890/894 e do auto de apresentação e apreensão de fls. 10.

Fl. 859: Em face da concordância do Ministério Público Federal (fls. 890/894), defiro a solicitação formulada pelo Sr. Delegado de Polícia Federal (ofício nº 4879/2012 - IPL 0576/2008-4 - DEAIN/SR/SP) para incinerar a substância entorpecente apreendida nos autos, devendo ser reservada quantidade suficiente para contraprova, até o trânsito em julgado, nos termos do artigo 32, §1º, da Lei nº 11.343/06, com a juntada do auto de incineração a estes autos.

Int.

São Paulo, 28 de novembro de 2012.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Convocado

00006 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1306313-47.1995.4.03.6108/SP

2003.03.99.021387-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
APELANTE : MIGUEL CHAIM
ADVOGADO : SUELI MARIA CALONEGO
APELANTE : HUMBERTO CARLOS CHAIM
ADVOGADO : EDUARDO ADOLFO VIESI VELOCCI
APELADO : Justiça Pública
No. ORIG. : 95.13.06313-5 1 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Trata-se de apelações criminais interpostas por MIGUEL CHAIM e HUMBERTO CARLOS CHAIM contra sentença (fls. 2167/2191) que decretou a extinção da punibilidade quanto àquele, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal e condenou o outro pela prática do delito previsto no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90.

Consta da denúncia (fls. 02/08) que Miguel Chaim e Humberto Carlos Chaim, na condição de administradores da empresa "Socoaba - Sociedade Comercial de Automóveis Bariri - LTDA", teriam utilizados de meios fraudulentos visando eximir-se ou reduzir o pagamento de tributos, acarretando a sonegação de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, PIS, Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL, FINSOCIAL, COFINS e Imposto de Renda - IR retido na fonte, em relação aos anos-calendários de 1990, 1991, 1992 e 1993, deixando de recolher aos cofres públicos o montante equivalente, em reais, a 3.207.316,06 (três milhões, duzentos e sete mil, trezentos e dezesseis reais e seis centavos) UFIR's, já incluídos juros e multa.

A denúncia foi recebida em 19 de dezembro de 1995 (fl. 1365).

Após regular instrução, foi proferida sentença (fls. 2167/2191), publicada em 19 de novembro de 2002, que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial, decretando extinta a punibilidade de Miguel Chaim pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal e condenando o réu Humberto Carlos Chaim, como incurso nas penas do artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo.

O réu Humberto Carlos Chaim, em razões recursais (fls. 2206/2280), sustenta, em preliminares, nulidades no processo e, no mérito, insuficiência de provas, devendo ser absolvido.

Por sua vez, o réu Miguel Chaim, em razões recursais (fls. 2286/2296), alega, preliminarmente, nulidade do processo por incompetência do Juízo Federal da 1ª Vara de Bauru/SP e, no mérito, requer, em síntese, a sua absolvição.

A acusação apresentou contrarrazões (fls. 2299/2323).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não conhecimento do recurso interposto por Miguel Chaim e pelo desprovimento do recurso interposto por Humberto Carlos Chaim (fls. 2330/2341).

O réu Humberto Carlos Chaim protocolou petições (fls. 2349/2350 e 2358/2368) noticiou que a empresa "Socoaba - Sociedade Comercial de Automóveis Bariri LTDA" aderiu ao programa de parcelamento - REFIS, postulando a decretação da suspensão da pretensão punitiva estatal.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se no sentido de que a Lei nº 10.684/03 não se aplicava ao presente caso, reiterando o parecer anteriormente ofertado (fl. 2406v).

Por nova redistribuição, os autos vieram conclusos a esta Relatoria em 28 de janeiro de 2011.

Foi expedido ofício à Receita Federal para que informasse a respeito de eventual pagamento ou parcelamento do crédito tributário, objeto da presente ação penal (fl. 2408).

Através de ofício, a Receita Federal informou que a empresa "Socoaba - Sociedade Comercial de Automóveis Bariri LTDA" aderiu ao REFIS, com pagamento de algumas parcelas, mas, em razão de inadimplência, o parcelamento foi rescindido em 1º de maio de 2007 (fl. 2412).

Foi expedido, novamente, ofício à Receita Federal para que informasse a data da inclusão da empresa no REFIS (fl. 2415), a qual informou que foi realizada em 27 de abril de 2000 (fl. 2418).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se no sentido de que a pretensão punitiva estatal encontra-se prescrita desde 18 de novembro de 2010 (fls. 2422/2424).

Em face da informação trazida pelo réu Miguel Chaim de que o débito fiscal ainda se encontrava incluído no parcelamento (fl. 2433/2450), a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em Bauru/SP noticiou que não houve a consolidação do aludido parcelamento (fl. 2458), manifestando a Procuradoria Regional da República pela reiteração do parecer de fls. 2422/2424.

Por fim, a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional em Bauru/SP relatou que o pedido de parcelamento formulado com base na Lei nº 11.941/09, em nome de "SOCOABA SOCIEDADE COMERCIAL DE AUTOMÓVEIS BARIRI LTDA", foi validado em 26.11.2009, sendo que as parcelas encontravam-se pagas em dia (fls. 2481/2488 e fls. 2.503/2.507).

Aberta vista para as partes, os apelantes deixaram decorrer o prazo sem manifestação, sendo que a Procuradoria Regional da República reiterou as anteriores manifestações, postulando pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado (fls. 2511/2513).

É o relatório.

Inicialmente, verifica-se que o recurso interposto pelo acusado Miguel Chaim resta prejudicado em razão da falta de interesse de recorrer, pois a sentença recorrida decretou a extinção de sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Assim, a jurisprudência pátria é incontroversa no sentido de que não possuem interesse recursal aqueles que já tiveram suas punibilidades extintas em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EMBARGOS INFRINGENTES. MANIFESTA AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS). RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, é manifesta a ausência de interesse recursal da defesa, visto que, com a prescrição, desfazem-se todos os efeitos da condenação. Precedentes. 2. O não-conhecimento do recurso por falta de pressuposto de admissibilidade, qual seja, interesse recursal, não ofende a garantia do duplo grau de jurisdição. 3. Recurso especial não conhecido."(RESP 200302235617, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:26/06/2006 PG:00188.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERDA DE OBJETO. JULGAMENTO PREJUDICADO. A jurisprudência construiu o entendimento de que a extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito do recurso criminal, em face da perda do objeto da ação penal. Prescrição da pretensão punitiva declarada. Recurso especial prejudicado."(RESP 200001452924, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:02/12/2002 PG:00332.)

Por outro lado, considerando que, no caso em questão, a pessoa jurídica aderiu ao programa de parcelamento - REFIS durante o período compreendido entre 27.04.2000 a 1º.05.2007, a pretensão punitiva estatal não encontrava-se suspensa, pois o presente feito prosseguiu regularmente, não podendo o acusado ser prejudicado por eventual suspensão, pois, conforme se demonstrará, ocorreu a prescrição da pretensão da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

Nos termos do artigo 15, § 3º, da Lei nº 9964/2000, e do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, apenas o pagamento integral do débito fiscal configura causa extintiva da punibilidade, o que não ocorreu na presente hipótese, na qual houve exclusão da empresa do programa de parcelamento - REFIS.

Ademais, apenas a efetiva concessão de parcelamento enseja a suspensão da pretensão punitiva do Estado, nos termos do artigo 68 da Lei nº 11.941/06, exigindo-se a consolidação dos débitos.

Dessa forma, passo à análise da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal referente ao acusado Humberto Carlos Chaim.

A pena-base foi fixada em 02 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, acrescida de 2/3 em decorrência da continuidade delitiva, totalizando a pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Diante do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, o artigo 110, do Código Penal, em seus parágrafos 1º e 2º (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), prevê o cálculo do lapso prescricional da pretensão punitiva com base na sanção penal concreta fixada na sentença, dois anos e seis meses de reclusão, sem o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal).

Verifica-se, portanto, que transcorreram mais de 08 (oito) anos (CP, 109, IV) entre a data da publicação da sentença condenatória (19.11.2002) e a presente data.

Com tais considerações, declaro, *ex officio*, extinta a punibilidade do acusado Humberto Carlos Chaim pela

ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente, em relação ao crime previsto no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90 do Código Penal, verificada no lapso compreendido entre a data da publicação da sentença condenatória recorrida e a presente data, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 109, inciso IV e 110, § 1º todos do Código Penal, e artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, restando prejudicado o exame das apelações, nos termos do artigo 33, XII, do Regimento Interno deste Tribunal.

P. I., baixando os autos à Vara de origem oportunamente.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Convocado

00007 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005392-86.2011.4.03.6119/SP

2011.61.19.005392-5/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI
APELANTE : OSVALDINA DELGADO CRUZ reu preso
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
APELADO : Justica Publica
No. ORIG. : 00053928620114036119 1 Vr GUARULHOS/SP

DESPACHO

Fls. 340/371 : Verifico que a prova da materialidade delitiva não foi objeto de irresignação no recurso interposto pela defesa do apelante e que a d. Defensoria Pública da União não se manifestou acerca do ofício do Delegado de Polícia Federal que requer autorização para a incineração da substância entorpecente apreendida nos autos, defiro o requerimento de incineração da substância entorpecente apreendida nos autos, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova, até o trânsito em julgado, com as cautelas do § 2º do art. 32 da Lei n. 11.343/06 e envio a este Tribunal do auto circunstanciado do procedimento.

Oficie-se com urgência.

Após, considerando a interposição do recurso especial acostado às fls. 340/371, encaminhem-se, pois, os autos à Subsecretaria dos Feitos da Vice-Presidência.

Int.

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.

TÂNIA MARANGONI
Juíza Federal Convocada

00008 HABEAS CORPUS Nº 0035608-20.2012.4.03.0000/MS

2012.03.00.035608-6/MS

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : ANTONIO ADRIANO ALVES BATISTA
ADVOGADO : ROBERTO ROCHA
PACIENTE : ANTONIO ADRIANO ALVES BATISTA reu preso
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CORUMBÁ - 4ª SSJ - MS
CO-REU : OTAVICO MARTINS DE OLIVEIRA
No. ORIG. : 00005759620124036004 1 Vr CORUMBA/MS

DESPACHO

Fls. 2/2v.: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Antonio Adriano Alves Batista, em nome próprio, em razão de ato supostamente ilegal cometido pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Corumbá (MS), nos Autos n. 0000575-96.2012.4.03.6004.

Malgrado a possibilidade de o *writ* ser impetrado por qualquer pessoa (CPP, art. 645), é conveniente a nomeação de defensor.

Em consulta ao sistema informatizado desta Corte, verifica-se que o impetrante/paciente tem defensor constituído no *Habeas Corpus* n. 0034716-14.2012.4.03.0000, em que se alega constrangimento ilegal por excesso de prazo para o término da instrução processual por parte do MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Corumbá (MS), nos Autos n. 0000575-96.2012.4.03.6004. Conforme decisão proferida em 07.12.12, o pedido liminar para expedição de alvará de soltura foi indeferido.

Tendo em vista que o objeto da presente impetração é o mesmo do *Habeas Corpus* n. 0034716-14.2012.4.03.0000, ou seja, excesso de prazo na manutenção da prisão, intime-se o Dr. Roberto Rocha, OAB/MS 6016, para que apresente pedido em favor do impetrante/paciente, bem como prossiga em sua defesa, manifestando se há interesse neste *writ*.

Após, retornem conclusos.

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00009 HABEAS CORPUS Nº 0035176-98.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035176-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
IMPETRANTE : JUSTO ARAUZ ARIAS
PACIENTE : JUSTO ARAUZ ARIAS reu preso
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE >12ºSSJ>SP
No. ORIG. : 00043979420114036112 5 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JUSTO ARAUZ ARIAS, alegando coação proveniente do Juízo Federal da 5ª Vara de Presidente Prudente/SP nos autos nº 0004397-94.2011.4.03.6112.

Cumprido esclarecer que o paciente foi denunciado, como incurso nas penas previstas no artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006, juntamente com Asunta Mejia de Roca, por terem sido surpreendidos no dia 01.07.2011, na Rodovia Raposo Tavares - SP 270, km 648, na cidade de Presidente Epitácio/SP, trazendo consigo, para fins de comércio ou entrega a consumo de terceiros, sem autorização legal ou regulamentar, o total de 1400g (um mil e quatrocentos gramas) de cocaína, substância que foi adquirida na Bolívia e que determina dependência física e/ou psíquica.

Após regular instrução, foram condenados, como incurso nas penas previstas no artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006, juntamente com Asunta Mejia de Roca, a pena de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão e de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, no regime inicial fechado.

A defesa dos réus interpôs recurso de apelação face à r. sentença, tão-somente aduzindo a inaplicabilidade da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006, ao argumento de que os acusados não receberam a droga apreendida no exterior.

Devidamente processado o recurso, os autos subjacentes (ACR nº 0004397-94.2011.4.03.6112) foram remetidos a esta Corte e distribuídos em 19.10.2011 ao Eminent Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, estando, desde então, aguardando o oportuno julgamento.

O réu JUSTO ARAUZ ARIAS impetra o presente *writ*, aduzindo, em síntese, estar sofrendo constrangimento ilegal, pois o MM. Juízo *a quo* ao prolatar a sentença, se valeu de prova ilícita, consubstanciando em nulidade processual, pois teria sido coagido a realizar exames radiográficos para a verificação da existência de drogas em seu organismo; que ante o fato de não integrar organização criminosa ou se dedicar ao crime, a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 deveria ter sido fixada em seu patamar máximo - 2/3 (dois terços); por fim, requer seja fixado o regime semi-aberto, haja vista a quantidade de pena imposta e de lhe serem as condições judiciais favoráveis, bem como ter a jurisprudência recente do STF e STJ ter reconhecido esta possibilidade.

Cumprir decidir.

Não prospera a alegação de nulidade processual, tendo em vista que não há nos autos qualquer comprovação de que o paciente tenha sido coagido a realizar exames radiográficos para a verificação da existência de drogas em seu organismo, de forma que a prova obtida por tal meio não deverá ser considerada ilícita.

O processo de abordagem deve seguir os trâmites legais, e o alegado direito de não produzir provas contra si mesma não escusa a pessoa de se submeter à investigação policial, como a busca pessoal, nos termos do que dispõe o artigo 240 do Código de Processo Penal, que a autoriza quando houver fundada suspeita de que alguém oculte armas ou objetos.

Ademais, o exame de raio-x não se trata de procedimento invasivo que possa causar danos ao organismo. Ao contrário, no caso de ingestão de drogas, é essencial para a preservação da própria vida do agente.

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS . CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NÃO CONFIGURADA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO DE PROVA NÃO COMPORTA A VIA ESTREITA DO WRIT. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

1. A paciente não foi presa, conforme sustenta a impetração, por "delito de nervosismo", mas porque se constatou em seu aparelho digestivo a existência de 80 cápsulas, ao que tudo indica, conforme laudo preliminar, contendo substância entorpecente (cocaina). Não há prova de que a paciente tivesse oferecido resistência ou não concordado com sua condução ao hospital e submissão à radiografia.

2. Ante os elementos indiciários presentes no momento da abordagem, não se poderia exigir outra conduta dos policiais que não, em razão de suas próprias experiências no combate ao crime, a investigação da aparente anormalidade da situação visualizada. É permanente o crime de tráfico ilícito de drogas na modalidade "trazer consigo", de modo que enquanto não expelidas as cápsulas a paciente encontrava-se em flagrante delito.

(...)"

(TRF3, HC 200903000136130, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, QUINTA TURMA, DJF3 CJI DATA:21/07/2009 PÁGINA: 178)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, C/C 40, I, DA LEI 11.343/2006 - INGESTÃO DE CÁPSULAS DE COCAÍNA - DIREITO CONSTITUCIONAL DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO - SUBMISSÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO, APÓS SUA CONFISSÃO, À RADIOGRAFIA ABDOMINAL E À INTERVENÇÃO CORPORAL - NULIDADE INEXISTENTE - DOSIMETRIA - PENA-BASE - FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL - ART. 59 DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 42 DA LEI 11.343/2006 - QUANTIDADE RELATIVAMENTE BAIXA DA DROGA - POSSIBILIDADE - AUMENTO MÍNIMO DE PENA, EM RAZÃO DA TRANSNACIONALIDADE - ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006 - SUFICIÊNCIA, NA ESPÉCIE - REGIME INICIALMENTE FECHADO - ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI 11.464/2007 - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, E 44 DA LEI 11.343/2006 - PRECEDENTE DO STF - RÉU ESTRANGEIRO, EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS, COM PROCESSO DE EXPULSÃO EM ANDAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DO DELITO E CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU - ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL - APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA E APELAÇÃO DO MPF DESPROVIDA.

I - A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), do Pacto de São José da Costa Rica e da Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), consagrou o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII).

II - A confissão do paciente, seguida da submissão espontânea do investigado à radiografia abdominal, para a comprovação da materialidade do delito de tráfico transnacional de entorpecentes, e à intervenção corporal, para expelir as cápsulas de cocaína ingeridas, não constitui afronta ao princípio do nemo tenetur se detegere.

III - Ainda que assim não fosse, a inércia do agente, caso não permitisse a intervenção médica, além de colocar em risco a sua vida, diante da probabilidade de rompimento de qualquer uma das cápsulas de cocaína, não impediria a obtenção da prova, considerando que elas seriam naturalmente expelidas pelo paciente, independentemente de qualquer atuação da autoridade policial. Precedente (HC 2008.01.00.050449-3/DF; rel. Des. Federal Assusete Magalhães, e-DJF1 21/11/2008). Preliminar de nulidade rejeitada.

(...)"

(TRF1, ACR 200934000076193, Relator(a) JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (CONV.), TERCEIRA TURMA, DJF1 DATA:09/09/2011 PAGINA:673)

Por esses motivos, ao menos em juízo de cognição sumária, tal alegação não deve ser acolhida.

Busca, ainda, o impetrante discutir no presente *writ* a r.sentença proferida no que tange a dosimetria das penas impostas ao paciente, ponto que não foi abordado no recurso de apelação interposto nos autos da ação penal subjacente, que ante o fato de não integrar organização criminosa ou se dedicar ao crime, a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 deveria ter sido fixada em seu patamar máximo - 2/3 (dois terços).

O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC 60.082/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 24/10/06).(in RHC 18.827 e HC 49.271).

As razões expendidas no presente *writ* não evidenciaram a existência de ilegalidade manifesta ou abuso de poder na sentença recorrida, limitando-se a ventilar questões cujo deslinde demanda o exame aprofundado do conjunto probatório e o pronunciamento acerca de matéria controversa, os quais são incabíveis na via estreita do *habeas corpus*.

No que se refere ao alegado constrangimento ilegal, ante a não imposição de regime prisional mais favorável, também não vislumbro cabimento em suas alegações.

A fixação de regime inicial fechado encontra supedâneo no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), por ser o tráfico de drogas crime a eles equiparado, conforme previsão constitucional (art. 5º, XLIII, CF).

Ocorre que recentemente o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por meio do julgamento do HC 111840/ES, *verbis*:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado.

Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições

subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

*5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado."
(HC 111840/ES, DIAS TOFFOLI, 27.6.2012. STF)*

Assim, o magistrado deve se valer, além do *quantum* de pena imposta (art. 33, §2º, CP), dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal para determinar o regime inicial de cumprimento da pena, conforme exegese do artigo 33, §3º, do mesmo *codex*. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base incluem ainda a natureza e a quantidade da droga, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

No presente caso, apenas imposta - 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão, de *per si*, autorizaria a imposição do regime semi-aberto para o cumprimento da pena corporal, conforme os ditames do artigo 33, § 2º, "b", do Código Penal, ocorre que o MM. Juízo sentenciante fixou na sentença a pena base acima do mínimo legal - 06 (seis) anos de reclusão - "*em virtude da natureza e da quantidade de droga apreendida (1.400 gramas de cocaína)*", restando claro que assim o fez por considerar desfavorável ao ora paciente as circunstâncias do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

Desta feita, é de se aplicar *contrario sensu*, o entendimento da Súmula 440 do E. STJ:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Dessa forma, não vislumbro, em juízo de cognição sumária, qualquer ilegalidade no ponto da sentença que estabeleceu o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, pois de acordo com o preconizado no artigo 33, §3º, do Código Penal.

Diante do exposto, INDEFIRO a liminar.

Int.

Dispensadas as informações, vez que os autos da ação penal subjacente já se encontram nesta E. Corte para julgamento da apelação interposta pelas partes.

Proceda a Subsecretaria o apensamento dos presentes autos aos autos da ACR nº 0004397-94.2011.4.03.6112.

Após, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 14 de dezembro de 2012.
RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Convocado

00010 HABEAS CORPUS Nº 0035704-35.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035704-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : LUCAS FERNANDES

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 04/01/2013 11/214

PACIENTE : DANIEL DA SILVA reu preso
ADVOGADO : LUCAS FERNANDES
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 9 VARA DE CAMPINAS >5ºSSJ>SP
CO-REU : JEFERSON RICARDO RIBEIRO
: ODAIR APARECIDO DE SOUZA
: WELLINGTON DINIZ PEREIRA
: PEDRO LUIZ ZANQUETA
: NILTON DA ROCHA CASTRO
: KLEDSON RODRIGUES TENORIO
: JESIEL VIEIRA DOS SANTOS
: NILVA MARCIA DOS SANTOS
: ANDERSON FREITAS BRITO CIRINO
: TIAGO MENDES DE ARAUJO
: THIAGO CARDOSO RODRIGUES
: SIDNEY APARECIDO DOS SANTOS
: EBERJEFERSON APARECIDO DOS SANTOS
: DIONNY VITOR DOS SANTOS
No. ORIG. : 00037875020114036105 9 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Lucas Fernandes em favor de Daniel da Silva, com pedido liminar "para o fim de revogar a prisão preventiva desferida em face do paciente, concedendo-lhe a liberdade provisória, mediante compromissos a serem fixados (...)" e para que, no mérito, seja confirmada a liminar (fl. 10).

- a) a denominada *Operação Exaustor* foi deflagrada no município de Campinas (SP) em 01.09.11 e visava combater, dentre outros delitos, o contrabando de cigarros oriundos do Paraguai;
- b) foram cumpridos diversos mandados de busca e apreensão e de prisão temporária;
- c) o paciente foi preso e denunciado pela prática dos delitos previstos no art. 334 e no art. 288, c. c. o art. 69, todos do Código Penal;
- d) o paciente foi condenado a 3 (três) anos pela prática do crime do art. 288, *caput*, do CP e a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses pela prática do delito do art. 334 do CP, totalizando 7 (sete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, nos Autos n. 0014171-72.2011.4.03.6105, em trâmite perante a 9ª Vara Federal de Campinas (SP);
- e) a autoridade impetrada fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena e denegou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista a reincidência específica;
- f) o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, considerando que se encontra preso preventivamente há mais de 470 (quatrocentos e setenta) dias, mesmo após prolação da sentença condenatória;
- g) o paciente não é reincidente, tendo em vista que teve sua punibilidade extinta pela aplicação do princípio da insignificância, nos Autos n. 2004.70.02.005872-6, que tramitaram perante a 2ª Vara Federal de Foz do Iguaçu (PR) e encontram-se em fase de execução da pena (Autos n. 5006894-15.2011.404.7002);
- h) "ao apresentar os memoriais, a defesa do ora Paciente juntou cópia da r. sentença extintiva da punibilidade, prolatada nos Autos de nº 2004.70.02.005872-6 (execução penal nº 5006894-15.2011.404.7002). Tal sentença, extintiva da punibilidade, sequer fora ponderada pelo d. Juízo sentenciante, conforme se vê da leitura da própria r. sentença de primeiro grau" (fl. 7);
- i) considerando que o paciente é primário, tem o direito de recorrer em liberdade, sendo que a manutenção da prisão preventiva é medida desproporcional e inconstitucional;
- j) o paciente já cumpriu mais de 1/6 (um sexto) da pena que lhe foi aplicada na sentença, motivo pelo qual tem direito à progressão para o regime semi-aberto, não podendo ser mantido em regime mais rigoroso;
- k) o *fumus boni iuris* encontra respaldo no art. 5º, incisos LVII, LXV e LXVI, da Constituição da República, no princípio da proporcionalidade e no art. 112 da Lei n. 7.210/84;
- l) o *periculum in mora* restou demonstrado, tendo em vista que "caso o ora Paciente aguarde preso preventivamente até o trânsito em julgado da r. sentença de primeiro grau, poderá cumprir integralmente a sanção em regime fechado, o que soa desarrazoado" (fl. 10);
- m) os delitos imputados ao paciente não foram cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa;
- n) deve ser concedida medida liminar para a revogação da prisão preventiva do paciente, com expedição do alvará de soltura, concedendo-lhe liberdade provisória (fls. 2/12).

Foram colacionados os documentos de fls. 13/206.

Decido.

Liberdade provisória. Descaminho. Requisitos subjetivos. Insuficiência. Eventuais condições pessoais favoráveis ao réu, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não lhe são

garantidoras ao direito à revogação da prisão cautelar, se existem outras que recomendam a custódia cautelar (STJ, 5ª Turma, HC n. 89.946-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 11.12.07, DJ 10.03.08, p. 1; 6ª Turma, RHC n 11.504-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, j. 18.10.01, DJ 04.02.02, p. 548). Esse entendimento é aplicável ao delito de descaminho. Precedentes do STJ (5ª Turma, RHC n. 21.948, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, unânime, j. 25.10.07, DJ 19.11.07, p. 247, v. 221, p. 313; STJ e 5ª Turma, HC n. 89.606, Rel. Des. Jane Silva, unânime, j. 28.11.07, DJ 17.12.07, p. 276).

Habeas corpus. Reexame das circunstâncias judiciais. Inadmissibilidade. A via estreita do *habeas corpus* não permite o reexame das circunstâncias judiciais consideradas na sentença condenatória (STF, HC n. 101.785, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 27.04.10; TRF da 3ª Região, HC n. 0012119-22.2010.4.03.0000/MS, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 31.05.10).

Direito de apelar em liberdade. O direito de apelar em liberdade depende do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos concernentes à custódia cautelar.

O recolhimento ou não do réu não há de se configurar em óbice para o processamento do recurso, sem prejuízo da eventual manutenção da determinação para que o sentenciado venha a ser preso por força da sentença condenatória.

Do caso dos autos. Pleiteia o impetrante o reexame das circunstâncias judiciais utilizadas no decreto condenatório para determinação do regime inicial fechado para cumprimento de pena pelo paciente, com a revogação da prisão cautelar e expedição de alvará de soltura.

Fundamenta seu pedido no fato de que o paciente encontra-se preso há mais 470 (quatrocentos e setenta) dias e que, de acordo com a pena imposta na sentença, já teria cumprido mais de 1/6 (um sexto) da reprimenda, de modo que teria direito à progressão para o regime semi-aberto.

Não se verifica o constrangimento ilegal alegado.

O paciente foi preso em 01.09.11 durante a chamada *Operação Exaustor* e foi considerado como um dos líderes da quadrilha que distribuía e comercializava cigarros contrabandeados oriundos do Paraguai na região de Campinas (SP).

O Ministério Público Federal, ao oferecer denúncia contra o paciente juntamente com outras pessoas, assim descreveu a conduta de Daniel da Silva:

III- Núcleo criminoso vinculado a Daniel da Silva

O acusado DANIEL DA SILVA é líder de uma das organizações criminosas voltadas à prática do crime de contrabando de cigarros em Campinas e região. Como tal, promoveu, organizou e dirigiu a atividade dos demais membros da organização criminosa nos crimes de quadrilha, contrabando de cigarros.

É o responsável pela aquisição de cigarros do Paraguai, comprando-nos diretamente de fornecedores que estão na região da fronteira.

Em diversos diálogos de conversas telefônicas foi possível identificar a liderança exercida pelo denunciado DANIEL DA SILVA em uma das organizações criminosas.

O denunciado EBEJEFERSON APARECIDO DA SILVA (cunhado do acusado DANIEL DA SILVA) é o auxiliar direto de DANIEL.

Ambos os denunciados são responsáveis pelo transporte dos cigarros contrabandeados de "depósitos" para as bancas do camelódromo, especialmente para a banca do acusado SIDNEY APARECIDO DOS SANTOS, que é o responsável pela venda "a varejo" dos cigarros.

A participação do denunciado DIONNY VITOR DOS SANTOS ("Mineiro") na organização criminosa liderada por DANIEL DA SILVA é referente à "logística" do armazenamento dos cigarros em áreas rurais/galpões, bem como o transporte dos mesmos até a região metropolitana de Campinas.

(...)

Dessa forma, DANIEL DA SILVA, SIDNEY APARECIDO DOS SANTOS, EBERJEFERSON APARECIDO DA SILVA e DIONNY VITOR DOS SANTOS associaram-se, de forma estável, em quadrilha, para o fim de cometer crimes de contrabando. (destaques originais, fls. 55/57).

O Parquet Federal aditou a denúncia nos seguintes termos:

O acusado Daniel da Silva foi denunciado pela prática dos crimes quadrilha e de contrabando, em concurso material. Assim, considerando especialmente que Daniel da Silva atuava como líder de uma organização criminosa voltada à prática reiterada de contrabando de cigarros paraguaios em Campinas e que as penas devem ser somadas em concurso material, e presentes os demais requisitos legais, de rigor é a manutenção da prisão cautelar do acusado.

*Tendo em vista a apreensão realizada no dia 1º de setembro de 2011, na residência do acusado DANIEL DA SILVA, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer o **ADITAMENTO** à denúncia de fls. 1349/1393, nos seguintes termos:*

"DANIEL DA SILVA, no dia 1º de setembro de 2011, manteve em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabia ser produto de introdução clandestina no país (cigarros contrabandeados).

Na referida data, agentes da Polícia Federal, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão nº 36/2011

encontraram, no endereço residencial do acusado, 39 (trinta e nove) caixas de cigarros de procedência estrangeira (f. 267).

Dessa forma, o denunciado DANIEL DA SILVA incorreu nas penas previstas no art. 334, §1º, c". (destaques originais, fls. 65/65v.)

Prolatada a sentença, o paciente foi condenado a pena de 7 (sete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos previstos no art. 334 e art. 288 do Código Penal.

O MM. Juízo *a quo* individualizou a conduta do paciente da seguinte maneira:

III.1.3. CONDENADO DANIEL DA SILVA.

Quanto ao delito do art. 288 do Código de Processo Penal, na primeira etapa da dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal), aumento a pena, em relação à mínima do tipo penal, em 06 (seis) meses de reclusão, ante a quantidade de pessoas (de seu grupo e dos grupos associados), veículos e locais de depósito envolvidos na quadrilha, o que revela uma reprovação (culpabilidade) maior da sua conduta ou circunstância mais censurável do delito. Pela intensa dedicação às atividades comerciais ilícitas da quadrilha, conforme demonstram as investigações policiais (fotos e interceptações telefônicas), aumento mais 06 (seis) meses de reclusão em relação a pena mínima. Por fim, a condenação anterior pelo mesmo crime, transitada em julgado, gera reincidência e, por isto, será tratada na etapa seguinte (fls. 37, 118/130 e 143 do apenso relativo aos antecedentes).

Assim, fixo a pena base, nesta primeira etapa, em 02 (dois) anos de reclusão.

*O réu possui as agravantes dos artigos 61, I, e 62, I, ambos do Código Penal, por ser reincidente em crime de contrabando (fls. 37, 118/130 e 143 do apenso relativo aos antecedentes) e um dos líderes da quadrilha, conforme demonstram as interceptações telefônicas. Assim, aumento a pena base em mais 06 (seis) meses de reclusão, para cada uma das agravantes. **Torno a pena definitiva para o delito do art. 288 do Código Penal em 03 (três) anos de reclusão, por não haver causas especiais de aumento nem de diminuição da pena.***

Quanto aos delitos do art. 334 do Código Penal (duas apreensões), uma delas é de grande monta (700 caixas de cigarros). Assim, pela quantidade de mercadorias, as conseqüências do crime (art. 59 do Código Penal) merecem maior reprovação penal. Isto gerou alto valor de tributos omitidos e, notadamente, maior risco à saúde pública, um fator preponderante da restrição à importação de cigarros, mediante pesada tributação e controle dos importadores e das mercadorias. Destarte, aumento a pena em relação à mínima cominada ao tipo penal em 01 (um) ano de reclusão, pelo grave risco à saúde pública e grande conseqüência tributária. Na mesma apreensão, o réu envolveu e comandou um grande número de pessoas, conforme consta do auto de prisão em flagrante respectivo (fls. 522/546 do Apenso - volume III, dos autos do inquérito policial). Assim, aumento a pena em mais 06 (seis) meses de reclusão. Fixo a pena nesta etapa em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

O réu possui as agravantes dos artigos 61, I, e 62, I, ambos do Código Penal, por ser reincidente em crime de contrabando (fls. 37, 118/130 e 143 do apenso relativo aos antecedentes) e um dos líderes da quadrilha, conforme demonstram as interceptações telefônicas. Assim, aumento a pena base em mais 06 (seis) meses de reclusão, para cada uma das agravantes, passando a 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Por fim, há causa especial de aumento, por continuidade delitiva. Apesar da segunda apreensão só ter ocorrido em setembro de 2011, as investigações policiais, notadamente as interceptações de conversas telefônicas, demonstram que havia uma atividade continuada, habitual, que até justificou a punição por formação de quadrilha. Portanto, não é o caso de soma das penas, como pretende o Ministério Público Federal, pelo concurso material, mas de punição de um dos contrabandos, aumentado de 1/3 (um terço). A quantidade do aumento, superior ao mínimo, justifica-se pela circunstância de que, apesar de serem duas as apreensões, há elementos de prova que demonstram ser habitual a atividade, como principal meio de vida do condenado.

*Assim, **torno a pena definitiva para os delitos do art. 334 do Código Penal em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.** Ressalto que a causa especial do aumento (continuidade delitiva) pode levar a pena superior ao máximo do tipo penal.*

A denegação do direito à substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, a fixação do regime de cumprimento de pena e a manutenção da prisão preventiva do paciente foram devidamente fundamentadas:

*Ao todo, as penas do condenado chegam a **07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, pelo que não cabe substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Por ser reincidente, ainda específico quanto ao crime de contrabando, **o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado**, pois o critério quantitativo pressupõe não haver reincidência (art. 33, § 2º, "b", do Código Penal).*

Mantenho a prisão preventiva do condenado, enquanto não transitada em julgado a condenação, ante o regime inicial de cumprimento da pena ora fixado e o mesmo motivo pelo qual esteve preso até agora: para preservação da ordem pública, por ser um dos líderes da quadrilha de contrabandistas, fazendo disto seu principal meio de vida. (destaques originais, fls. 105v./107)

A sentença condenatória encontra-se suficientemente fundamentada, assim como a manutenção da custódia do paciente, de modo que não se entrevê o alegado constrangimento ilegal.

O MM. Magistrado *a quo* considerou o conjunto das provas colhidas ao longo da instrução processual para a determinação do regime prisional mais adequado ao caso, assim como o fato de ser o paciente reincidente específico. Entendeu persistirem os motivos ensejadores da prisão preventiva da paciente, a teor dos 312 e 313 do Código de Processo Penal, como medida destinada à garantia da ordem pública.

Proferida a sentença condenatória, resta indubitável a existência de indícios suficientes da autoria e da materialidade dos crimes (fls. 74/107).

Nada impede que a defesa do paciente pleiteie a reforma do decreto condenatório, com o reexame das circunstâncias judiciais que determinaram a fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena e a impossibilidade de recorrer em liberdade, pelas vias recursais próprias.

Em sede de apelação, poderá o órgão jurisdicional exercer cognição exauriente, uma vez munido de todos os elementos de prova que informam a ação.

Portanto, não há constrangimento ilegal na manutenção da segregação do paciente, na fixação do regime fechado de cumprimento de pena e na denegação do direito ao recurso em liberdade, pois os elementos existentes aconselham a manutenção da sua prisão para a garantia da ordem pública.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido liminar.

Requisitem-se as informações da autoridade impetrada.

Após, dê-se vista à Procuradoria Regional da República.

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00011 HABEAS CORPUS Nº 0018700-82.2012.4.03.0000/MS

2012.03.00.018700-8/MS

RELATOR	: Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE	: MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN
	: DIEGO NENO ROSA MARCONDES
PACIENTE	: AURELINO ARCE reu preso
	: RICARDO ALESSANDRO SEVERINO DO NASCIMENTO reu preso
ADVOGADO	: MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN
PACIENTE	: APARECIDO PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR reu preso
ADVOGADO	: MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN
	: LEONARDO LOPES SANTINHO
	: ODILON DE OLIVEIRA JUNIOR
PACIENTE	: ANDRE PEREIRA DOS SANTOS reu preso
	: NILSON DA SILVA BRAGA reu preso
ADVOGADO	: MAURICIO NOGUEIRA RASSLAN
IMPETRADO	: JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE PONTA PORA - 5ª SSJ - MS
No. ORIG.	: 00014990720124036005 2 V _r PONTA PORA/MS

DESPACHO

Fls: 260/262: anote-se.

Defiro o pedido de vista do feito para a extração de cópias pela defesa do paciente Ricardo Alessandro Severino do Nascimento (prazo: 5 dias).

Após, à conclusão.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00012 HABEAS CORPUS Nº 0028213-74.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.028213-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : PEDRO MUDREY BASAN
PACIENTE : MARCOS CAETANO reu preso
ADVOGADO : PEDRO MUDREY BASAN e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TUPÃ - 22ª SSJ - SP
INVESTIGADO : GEOVANE CARDOSO DE SA
: EMERSON GOMES DA SILVA
: JOSIAS DIONISIO
: FLAVIO HENRIQUE NASCIMENTO FALVO
: MIRIAN GOMES DE OLIVEIRA
: LUCIANE LOURENCO GARCIA
: WELTON DO PRADO VICENTE
: MARCELO SOARES DE OLIVEIRA
No. ORIG. : 00014512220114036122 1 Vr TUPA/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Marcos Caetano, com pedido de liminar, para que seja expedido alvará de soltura. Alega-se o quanto segue:

- a) o paciente sofre constrangimento ilegal e abuso de autoridade em razão de excesso de prazo para encerramento da instrução criminal;
- b) o paciente encontra-se preso desde o dia 19.04.12, em razão da decretação de prisão temporária nos autos n. 0000518-15.2012.403.6122, pedido de prisão temporária e busca e apreensão, em razão dos fatos apurados na Operação Trovão (Procedimento criminal de interceptação telefônica n. 0001491-04.2011.403.6122), ocasião em que houve o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, tendo sido, tal prazo, prorrogado por mais 30 dias;
- c) em 14.06.12 o paciente foi denunciado pelo cometimento, em tese, do crime do art. 33 c. c. o art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06;
- d) o paciente se encontra preso há mais de 150 (cento e cinquenta) dias sem o recebimento da denúncia (fls. 2/11). Foram juntadas cópias de documentos pelo impetrante (fls. 12/227).

Em consulta sobre eventual conexão com o *Habeas Corpus* n. 0038501-18.2011.4.03.0000, a Eminente Desembargadora Federal Cecília Mello observou que, não obstante o *writ* de sua relatoria ter como feito originário o Procedimento de interceptação telefônica n. 0001491-04.2011.403.6122, impetrado em favor de João Roberto Menezes, não havia suficientes elementos para aferir eventual prevenção, haja vista que o procedimento de interceptação telefônica pode ter dado ensejo à instauração de diversos inquéritos policiais autônomos. Assim, não reconheceu a prevenção (fl. 157).

O Eminente Desembargador Federal Cotrim Guimarães, por sua vez, em razão de consulta sobre eventual prevenção, entendeu que, sem embargo de o *Habeas Corpus* n. 2012.03.00016226-7, cujo paciente é Marcos Caetano, ter sido distribuído à sua relatoria, constatou que, em data anterior, havia sido distribuído à Desembargadora Federal Cecília Mello o *Habeas Corpus* n. 2011.03.00.038501-0, de modo que, por ora, não verificou a prevenção (fl. 161).

Em virtude da constatação de que o paciente figurava como um dos réus na Apelação Criminal n. 0000465-67.2012.4.03.6111, de relatoria da Desembargadora Federal Cecília Mello, em nova consulta sobre prevenção, esta observou que o procedimento de interceptação telefônica deu ensejo à instauração de diversos inquéritos policiais autônomos e de diversas ações penais, bem como a denúncia relativa a essa ação penal se referia a fatos e réus diversos, razão pela qual não reconheceu a prevenção (fl. 167).

É o relatório

Decido.

Para que o pedido liminar não fique sem apreciação, passo ao seu exame, sem que com isso reconheça a competência (consta ter a Eminente Des. Fed. Cecília Mello apreciado *habeas corpus* no âmbito da Operação

Trovão e ter o Eminentíssimo Des. Fed. Cotrim Guimarães apreciado *habeas corpus* contra a mesma prisão do paciente aqui discutida). Sucede que, encontrando-se os autos conclusos, certamente haveria de ser designado para apreciar medidas urgentes. É o que se faz.

É aplicável o princípio da razoabilidade para a aferição do excesso de prazo para a conclusão do processo criminal. Segundo esse princípio, somente se houver demora injustificada é que se caracterizaria o excesso de prazo (STJ, HC n. 89.946, rel. Min. Felix Fischer, j. 11.12.07; HC n. 87.975, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.02.08).

Na espécie, o paciente foi denunciado com outros 8 (oito) acusados em virtude de complexa operação policial deflagrada contra organização criminosa por ele liderada.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido liminar.

São Paulo, 19 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00013 HABEAS CORPUS Nº 0034884-16.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.034884-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : WILSON FERNANDES
PACIENTE : EMERSON GOMES DA SILVA reu preso
ADVOGADO : WILSON FERNANDES e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE TUPÃ - 22ª SSJ - SP
CO-REU : MARCOS CAETANO
: GEOVANE CARDOSO DE SA
: JOSIAS DIONISIO
: FLAVIO HENRIQUE NASCIMENTO FALVO
: MIRIAN GOMES DE OLIVEIRA
: LUCIANE LOURENCO GARCIA
: WELTON DO PRADO VICENTE
: MARCELO SOARES DE OLIVEIRA
No. ORIG. : 00014512220114036122 1 Vr TUPA/SP

DESPACHO

Fls. 130/131: recebo o pedido de reconsideração e mantenho a decisão que indeferiu o pedido liminar.

Não obstante o impetrante tenha procurado demonstrar os requisitos subjetivos para a concessão da liberdade provisória (fls. 132/177), observo que o paciente não faz jus ao benefício, considerando que estão presentes os pressupostos da prisão preventiva, conforme restou consignado na decisão de fls. 79/82.

Dê-se vista à Procuradoria Regional da República para parecer.

São Paulo, 19 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00014 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0006544-22.2007.4.03.6181/SP

2007.61.81.006544-3/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI
APELANTE : SERGIO RYMER

ADVOGADO : JOSE RENA e outro
APELADO : Justica Publica
REU ABSOLVIDO : SERGIO TUFANO
EXTINTA A
PUNIBILIDADE : ZIPORA GRAICAR
No. ORIG. : 00065442220074036181 10P Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 967 : Intime-se o apelante, na pessoa de seu patrono (fls. 959), a apresentar as razões de recurso, no prazo de oito (08) dias, nos termos do art. 600, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal.

Em seguida, determino a remessa do feito ao Juízo de origem para que o Ministério Público Federal apresente as contra-razões.

Após, dê-se nova vista à Procuradoria Regional da República e voltem conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

TÂNIA MARANGONI
Juíza Federal Convocada

00015 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0012396-56.2009.4.03.6181/SP

2009.61.81.012396-8/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI
RECORRENTE : Justica Publica
RECORRIDO : LENILDO OLIVEIRA DE ALMEIDA
ADVOGADO : MARCIO ALEXANDRE PESCE DE CARA e outro
No. ORIG. : 00123965620094036181 3P Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 173/181: Intime-se o advogado subscritor das petições de fls. 158 e 173/181 para que regularize a representação processual, no prazo legal, sob pena de desentranhamento daquelas peças, visto que intimado a promovê-la quedou-se inerte (fl. 172).

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

TÂNIA MARANGONI
Juíza Federal Convocada

00016 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010560-87.2005.4.03.6181/SP

2005.61.81.010560-2/SP

RELATORA : Juíza Federal Convocada TÂNIA MARANGONI
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : CELIO BURIOLA CAVALCANTE
ADVOGADO : MARCOS ANTONIO NORONHA ZINI JUNIOR e outro
APELADO : RENATO ALEXANDRE DOS ANJOS
ADVOGADO : LEONARDO JOSE DA SILVA BERALDO (Int.Pessoal)

EXTINTA A PUNIBILIDADE : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
No. ORIG. : NEUSA GERALDA DOS ANJOS falecido
: 00105608720054036181 4P Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 801/835 : Dê-se ciência às partes da carta precatória expedida para oitiva de Manoel Bonfim dos Santo, testemunha de defesa, juntada nos autos.

Após, voltem conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

TÂNIA MARANGONI
Juíza Federal Convocada

00017 HABEAS CORPUS Nº 0035609-05.2012.4.03.0000/MS

2012.03.00.035609-8/MS

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : JOSE ROBERTO FAVERO RIBEIRO
PACIENTE : JOSE ROBERTO FAVERO RIBEIRO reu preso
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CORUMBÁ - 4ª SSJ - MS
INDICIADO : KATIANE BENITEZ DE SOUZA
No. ORIG. : 00005672220124036004 1 Vr CORUMBA/MS

DESPACHO

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado de próprio punho pelo paciente, requerendo o relaxamento da prisão em razão do excesso de prazo, porquanto preso desde 08 de maio de 2012.

Considerando que com a inicial não vieram quaisquer documentos, solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, a serem prestadas em 48 horas, por se tratar de paciente preso.

Após, abra-se vista à Defensoria Pública da União para proceder à defesa do paciente.

Em seguida, ao MPF para parecer.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00018 HABEAS CORPUS Nº 0035427-19.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035427-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : FLAVIO LUIS UBINHA
PACIENTE : SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS reu preso
: AGUINALDO DOS PASSOS FERREIRA reu preso
ADVOGADO : FLAVIO LUIS UBINHA
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
No. ORIG. : 00137695420124036105 1 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de **Samuel Ferreira dos Passos e Aginaldo dos Passos Ferreira**, contra ato do MMº Juízo Federal da 1ª Vara de Campinas/SP, que decretou a prisão preventiva do paciente, em face dos desdobramentos da investigação da Polícia Federal, levados a efeito com a deflagração da denominada "Operação El Cid II", em que apurada a suposta prática, por diversos investigados, dos crimes tipificados nos artigos 171, § 3º, 288 e 304, todos do Código Penal.

O impetrante argumenta, em síntese, estarem ausentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Pleiteia, ao final, seja concedida a medida liminar em favor do paciente, deferindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento do feito principal, bem como a concessão definitiva da ordem pela E. Turma.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

Segundo se extrai do relatório do i. Delegado da Polícia Federal responsável pela condução das investigações, foram apurados indícios de utilização pelo paciente e demais investigados de diversas empresas com vínculos falsos, voltadas à obtenção fraudulenta de benefícios previdenciários, tanto pela via administrativa como pela via judicial, levando a erro a autarquia previdenciária e o Poder Judiciário.

Descreve a autoridade policial que o *modus operandi* da organização assim se resumia (extraído dos autos do *habeas corpus* nº 00354133520124030000 - conexo ao presente *writ*):

- "1) A quadrilha utiliza empresas inativas, muitas vezes substituindo os sócios por pessoas já falecidas;*
- 2) Através destas empresas são fabricados vínculos empregatícios falsos que são enviados através de GFIP (disquete) e GFIP WEB (internet), sendo, por consequência, inseridos no CNIS. O envio, em geral, ocorre de maneira extemporânea.*
- 3) Em decorrência dos vínculos falsos, muitos benefícios previdenciários foram concedidos administrativamente.*
- 4) Quando os benefícios são negados administrativamente a quadrilha pleiteia intervenção judicial. Os magistrados, levados a erro, determinam o reconhecimento do vínculo falso e pagamento do benefício pleiteado.*
- 5) Em todos os casos verifica-se a participação integrada de proprietários/responsáveis de escritórios de contabilidade em conjunto com procuradores (advogados) para requerer ou pleitear benefícios previdenciários em sede administrativa ou judicial".*

Analisando a representação pela prisão preventiva, o MMº Juízo "a quo" manifestou-se no seguinte sentido, *verbis* (fls. 08/09):

"[...] Do que se extrai do quanto até aqui investigado, há uma intrincada rede de pessoas cujas atividades se voltam para o cometimento de crimes, notadamente, os tipificados nos artigos 171, § 3º, artigo 288, caput e artigo 304, todos do Código Penal.

Existem provas da existência desses crimes, bem delineados no Inquérito Policial e seus inúmeros apensos, os quais condensam o trabalho de investigação executado pelo INSS e pela Polícia Federal.

Igualmente, há indícios de autoria por parte dos investigados, consoante as relações intrínsecas apuradas, como a atuação ora como sócios das empresas utilizadas nas fraudes, ora como responsáveis pela transmissão dos vínculos empregatícios mendazes, ora como testemunhas desses mesmos vínculos, ora como procuradores dos beneficiários nos processos judiciais e, não raro, como beneficiários da própria fraude. [...]

As investigações policiais apontam, pois, que o advogado AGUINALDO DOS PASSOS FERREIRA seja o chefe do grupo criminoso e, em parceria com SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS, também advogado, controla as ações dos demais.

Por sua vez, LUIS FERNANDO DALCIN foi o responsável pelo envio da maioria das GFIPWEB, juntamente com JOSE DA SILVA PINTO e JOSÉ NÉVIO CANAL, atuando LUIS CARLOS RIBEIRO como intermediário e destinatário de benefícios fraudulentos. [...]

LUIS CARLOS RIBEIRO atua na função de intermediário entre os falsos segurados e contadores/advogados. Além de receber benefício com vínculos falsos, há indícios de que referido investigado trabalhe com falsificação de documentos.

[...]

AGUINALDO DOS PASSOS FERREIRA é advogado e figura como procurador dos beneficiários em diversos pedidos judiciais. Além disso, consta como responsável por algumas das inclusões dos vínculos falsos para o sistema CNIS.

[...]

SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS trabalha em conjunto com o advogado AGUINALDO, possivelmente dividindo a responsabilidade quanto ao controle das ações do grupo criminoso. Figura como testemunha em

contratos sociais alterados fraudulentamente e também como advogado de beneficiários em diversos pedidos de implantação judicial.

Em um dos casos, LAURO GODOY, através do causídico, reconheceu ser sócio de uma das empresas, apresentando inclusive o ato constitutivo e primeira alteração com a entrada do sócio JOSÉ ALVES SANTANA. Em ambos os documentos constam como testemunhas TUTOMU SASSAKA e SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS.

Com relação às irregularidades dessa mesma empresa - L GODOY E SANTANA LTDA ME (ou DAGIFER), outro ponto relevante é que a contestação apresentada pelo escritório de AGUINALDO e SAMUEL tem data de 05/02/2008. Sendo assim pode-se concluir que nesta data ambos já tinham conhecimento de tais irregularidades.

Isto não impediu que SAMUEL solicitasse judicialmente benefício para GABRIEL PASCHOAL (fls. 172/174 - apenso II, volume IX). - grifo nosso.

Pois bem, analisados os fatos e sopesadas as informações constantes dos autos, tem-se que a deflagração da operação policial é bastante recente, estando em fase ainda de análise de toda a documentação e objetos apreendidos na residência dos investigados, relacionados à investigação criminal.

Ainda, da análise prévia da documentação apreendida, verifico que já constam notícias iniciais dando conta de haver indícios de que os pacientes, de acordo com as investigações, seriam os "cabeças" da organização criminosa, de maneira que, ao menos nesta análise prefacial dos fatos, entendo prematura a soltura de ambos, acusados de serem os principais integrantes da quadrilha, voltada à prática reiterada de crimes extremamente graves em desfavor da Previdência Social, com prejuízo estimado em quase cinco milhões de reais.

E, como é cediço, a prática reiterada e habitual de crimes é fundamento suficiente ao decreto da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Nesse aspecto, sobre a possibilidade da prisão preventiva em casos como tais, Julio Fabbrini Mirabete preleciona que:

"fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida" (in Código de Processo Penal Interpretado, 6ª edição, Atlas, pág. 414).

Nesse mesmo sentido, colaciono o seguinte julgado desta E. Corte:

"PENAL- HABEAS CORPUS - CRIME DE DESCAMINHO - LIBERDADE PROVISÓRIA - AGENTES PROPENSOS À PRÁTICA DELITIVA - ORDEM DENEGADA. [...] A garantia da ordem pública tem por fundamento evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Tem por fim também o acautelamento do meio social e a credibilidade da justiça. Ordem denegada" - (TRF 3ª Região, HC 29633, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, DJF3 08/08/2008) - grifei.

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIDO O PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA . DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme consignado na sentença que lhe negou a possibilidade de recorrer em liberdade, o paciente, apesar de ter permanecido solto durante o processo, nesse período, praticou novo delito grave, tendo sido, inclusive, condenado por sentença transitada em julgado. 2. A reiteração criminosa é fundamento idôneo para a segregação antecipada, a fim de resguardar a ordem pública, prevenindo-se, assim, a reprodução de fatos delituosos. 3. Por se encontrar calcada em fatos concretos que revelam a necessidade da medida impugnada, não há falar em constrangimento ilegal imposto ao paciente. 4. Ordem denegada" (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: HC - HABEAS CORPUS - 56206 Processo: 200600564532 DJ:21/05/2007 MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA) - grifei.

No mesmo sentido, decidiu a E. Suprema Corte que "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/5/2007).

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, a serem prestadas no prazo de 48 horas, por se

tratar de pacientes presos.
Após, ao MPF para parecer.
Intime-se.
São Paulo, 17 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00019 HABEAS CORPUS Nº 0035429-86.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035429-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : MAGALI ALVES DE ANDRADE COSENZA
PACIENTE : LUIS CARLOS RIBEIRO reu preso
ADVOGADO : MAGALI ALVES DE ANDRADE COSENZA
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
INVESTIGADO : AGUINALDO DOS PASSOS FERREIRA
: SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS
: LUIS FERNANDO DALCIN
: JOSE DA SILVA PINTO
: JOSE NEVIO CANAL
: TUTOMO SASSAKA
: DANIEL BERTHO
: GILDAMIRA CESARE FERREIRA NUNES
: ALCIDES JOSE NUNES JUNIOR
No. ORIG. : 00137695420124036105 1 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de **Luis Carlos Ribeiro**, contra ato do MMº Juízo Federal da 1ª Vara de Campinas/SP, que decretou a prisão preventiva do paciente, em face dos desdobramentos da investigação da Polícia Federal, levados a efeito com a deflagração da denominada "Operação El Cid II", em que apurada a suposta prática, por diversos investigados, dos crimes tipificados nos artigos 171, § 3º, 288 e 304, todos do Código Penal.

A impetrante argumenta, em síntese, estarem ausentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Pleiteia, ao final, seja concedida a medida liminar em favor do paciente, deferindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento do feito principal, bem como a concessão definitiva da ordem pela E. Turma.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

Segundo se extrai do relatório do i. Delegado da Polícia Federal responsável pela condução das investigações, foram apurados indícios de utilização pelo paciente e demais investigados de diversas empresas com vínculos falsos, voltadas à obtenção fraudulenta de benefícios previdenciários, tanto pela via administrativa como pela via judicial, levando a erro a autarquia previdenciária e o Poder Judiciário.

Descreve a autoridade policial que o *modus operandi* da organização assim se resumia (extraído dos autos do *habeas corpus* nº 00354133520124030000 - conexo ao presente *writ*):

- 1) A quadrilha utiliza empresas inativas, muitas vezes substituindo os sócios por pessoas já falecidas;
- 2) Através destas empresas são fabricados vínculos empregatícios falsos que são enviados através de GFIP (disquete) e GFIP WEB (internet), sendo, por consequência, inseridos no CNIS. O envio, em geral, ocorre de maneira extemporânea.
- 3) Em decorrência dos vínculos falsos, muitos benefícios previdenciários foram concedidos administrativamente.
- 4) Quando os benefícios são negados administrativamente a quadrilha pleiteia intervenção judicial. Os magistrados, levados a erro, determinam o reconhecimento do vínculo falso e pagamento do benefício pleiteado.
- 5) Em todos os casos verifica-se a participação integrada de proprietários/responsáveis de escritórios de

contabilidade em conjunto com procuradores (advogados) para requerer ou pleitear benefícios previdenciários em sede administrativa ou judicial".

Analisando a representação pela prisão preventiva, o MMº Juízo "a quo" manifestou-se no seguinte sentido, *verbis* (fls. 08/09):

"[...] Do que se extrai do quanto até aqui investigado, há uma intrincada rede de pessoas cujas atividades se voltam para o cometimento de crimes, notadamente, os tipificados nos artigos 171, § 3º, artigo 288, caput e artigo 304, todos do Código Penal.

Existem provas da existência desses crimes, bem delineados no Inquérito Policial e seus inúmeros apensos, os quais condensam o trabalho de investigação executado pelo INSS e pela Polícia Federal.

Igualmente, há indícios de autoria por parte dos investigados, consoante as relações intrínsecas apuradas, como a atuação ora como sócios das empresas utilizadas nas fraudes, ora como responsáveis pela transmissão dos vínculos empregatícios mendazes, ora como testemunhas desses mesmos vínculos, ora como procuradores dos beneficiários nos processos judiciais e, não raro, como beneficiários da própria fraude. [...]

As investigações policiais apontam, pois, que o advogado AGUINALDO DOS PASSOS FERREIRA seja o chefe do grupo criminoso e, em parceria com SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS, também advogado, controla as ações dos demais. Por sua vez, LUIS FERNANDO DALCIN foi o responsável pelo envio da maioria das GFIPWEB, juntamente com JOSE DA SILVA PINTO e JOSE NÉVIO CANAL, atuando LUIS CARLOS RIBEIRO como intermediário e destinatário de benefícios fraudulentos. [...]

LUIS CARLOS RIBEIRO atua na função de intermediário entre os falsos segurados e contadores/advogados. Além de receber benefício com vínculos falsos, há indícios de que referido investigado trabalhe com falsificação de documentos.

Ouvido na qualidade de testemunha, no processo de concessão de benefício de Adevail Beliato, LUIS CARLOS RIBEIRO ocultou que havia sido sócio da empresa ITA SOM - Luis Carlos Ribeiro, CPF 031.546.848-32. Em se tratando da mesma pessoa não se justifica que o 'ex sócio' da empresa, 'vendida' para dois sócios falecidos, não tenha assim se qualificado em juízo.

[...]

LUIS CARLOS RIBEIRO é a mesma pessoa de LUIS CARLOS MENDES RIBEIRO, o qual possui vínculo com a empresa SOS RESIDENCIA EMPREITEIRA LTDA (apenso I, volume I, fls. 249). LUIS CARLOS RIBEIRO já foi indiciado por dinheiro falso, documento falso e estelionato no IPL 112/2010-DPF/CAS/SP.

[...]

Também se aponta que LUIS CARLOS MENDES RIBEIRO é investigado no IPL 0487/2009-DPF/CAS/SP, no qual é apurado o vínculo de EDMAR ANTONIO DOS SANTOS com a empresa PABREU TEXTIL LTDA. Neste inquérito, EDMAR prestou dois depoimentos. No primeiro depoimento, EDMAR afirmou que trabalhou na empresa; contudo, no segundo retificou a informação reconhecendo o vínculo falso com a PABREU. EDMAR alegou ainda que requereu aposentadoria por tempo de contribuição através do procurador (advogado) SAMUEL, mas que entregou os seus documentos para LUIS CARLOS MENDES RIBEIRO, sendo este quem lhe informou a respeito do indeferimento do pedido. Por fim, reconheceu a foto apresentada no depoimento (LUIS CARLOS RIBEIRO, ...), como sendo a pessoa de CARLINHOS, a quem entregou os seus documentos (fls. 169/174 - autos principais) - grifo nosso.

Pois bem, analisados os fatos e sopesadas as informações constantes dos autos, tem-se que a deflagração da operação policial é bastante recente, estando em fase ainda de análise de toda a documentação e objetos apreendidos na residência dos investigados, relacionados à investigação criminal.

Ainda, da análise prévia da documentação apreendida, verifico que já constam notícias iniciais dando conta de haver indícios do envolvimento do ora paciente com aqueles que, de acordo com as investigações, seriam os "cabeças" da organização, de maneira que, ao menos nesta análise prefacial dos fatos, entendo prematura a soltura do paciente, pois, como dito, há nos autos informações de que teria ele relações estreitas com os principais integrantes da quadrilha para a prática reiterada de crimes extremamente graves em desfavor da Previdência Social, com prejuízo estimado em quase cinco milhões de reais.

E, como é cediço, a prática reiterada e habitual de crimes é fundamento suficiente ao decreto da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Nesse aspecto, sobre a possibilidade da prisão preventiva em casos como tais, Julio Fabbrini Mirabete preleciona que:

"fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos

relacionados com a infração cometida" (in Código de Processo Penal Interpretado, 6ª edição, Atlas, pág. 414).

Nesse mesmo sentido, colaciono o seguinte julgado desta E. Corte:

"PENAL- HABEAS CORPUS - CRIME DE DESCAMINHO - LIBERDADE PROVISÓRIA - AGENTES PROPENSOS À PRÁTICA DELITIVA - ORDEM DENEGADA. [...] **A garantia da ordem pública tem por fundamento evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Tem por fim também o acautelamento do meio social e a credibilidade da justiça. Ordem denegada**" - (TRF 3ª Região, HC 29633, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo, DJF3 08/08/2008) - grifei.

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIDO O PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA . DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme consignado na sentença que lhe negou a possibilidade de recorrer em liberdade, o paciente, apesar de ter permanecido solto durante o processo, nesse período, praticou novo delito grave, tendo sido, inclusive, condenado por sentença transitada em julgado. **2. A reiteração criminosa é fundamento idôneo para a segregação antecipada, a fim de resguardar a ordem pública, prevenindo-se, assim, a reprodução de fatos delituosos. 3. Por se encontrar calcada em fatos concretos que revelam a necessidade da medida impugnada, não há falar em constrangimento ilegal imposto ao paciente. 4. Ordem denegada**" (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: HC - HABEAS CORPUS - 56206 Processo: 200600564532 DJ:21/05/2007 MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA) - grifei.

No mesmo sentido, decidi a E. Suprema Corte que "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandovski, DJ 18/5/2007).

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, a serem prestadas no prazo de 48 horas, por se tratar de paciente preso.

Após, ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00020 HABEAS CORPUS Nº 0035413-35.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035413-2/SP

RELATOR	: Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE	: WILLIAN ROBERTO DE CAMPOS FILHO
PACIENTE	: TUTOMU SASSAKA reu preso
ADVOGADO	: WILLIAN ROBERTO DE CAMPOS FILHO
IMPETRADO	: JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE CAMPINAS Sec Jud SP
CO-REU	: AGUINALDO DOS PASSOS FERREIRA
IMPETRADO	: AMADEU RICARDO PARODI
CO-REU	: SAMUEL FERREIRA DOS PASSOS
	: LUIS FERNANDO DALCIN
	: JOSE DA SILVA PINTO
	: JOSE NEVIO CANAL
	: GILDAMIRA CESARE FERREIRA NUNES

: ALCIDES JOSE NUNES JUNIOR
: DANIEL BERTHO
No. ORIG. : 00137115120124036105 1 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de **Tutomu Sassaka**, contra ato do MMº Juízo Federal da 1ª Vara de Campinas/SP, que decretou, inicialmente, a prisão temporária do paciente, convertendo-a posteriormente em prisão preventiva, em face dos desdobramentos da investigação da Polícia Federal, levados a efeito com a deflagração da denominada "Operação El Cid II", em que apurada a suposta prática, por diversos investigados, dos crimes tipificados nos artigos 171, § 3º, 288 e 304, todos do Código Penal.

O impetrante aduz, em síntese, estar sendo indevidamente imputada ao paciente a conduta de utilizar-se de diversas empresas com vínculos falsos voltadas à obtenção fraudulenta de benefícios previdenciários, a configurar os crimes de estelionato, quadrilha ou bando e uso de documentos falsos (art. 171, § 3º, 288 e 304, todos do CP). Alega que a decisão é manifestamente ilegal, porquanto genérica e desprovida de qualquer fundamentação, não demonstrando concretamente o envolvimento do paciente, e, tampouco, a necessidade da prisão preventiva, lastreada, pois, em simples presunção de ter o paciente perpetrado as condutas descritas na representação policial. Argumenta, ademais, que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, é sexagenário, possui residência fixa em Itatiba/SP, onde sempre residiu, foi vereador e atualmente é assessor municipal, de maneira que não há qualquer possibilidade de restar frustrada a aplicação da lei penal, a ordem pública, a ordem econômica e a instrução criminal.

Por outro lado, alega que, ainda que eventualmente venha a ser condenado, o paciente fará jus a reprimendas alternativas e a regime de pena menos gravoso, como o aberto ou o semiaberto, não se recolhendo, pois, à prisão, de maneira que não há lógica na determinação de seu recolhimento cautelar neste momento.

Pleiteia, ao final, seja concedida a medida liminar em favor do paciente, deferindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento do feito principal, bem como a concessão definitiva da ordem pela E. Turma.

Por fim, requer prioridade na tramitação deste *writ*, já que o paciente possui 69 (sessenta e nove) anos de idade, à luz do Estatuto do Idoso.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

Segundo se extrai do relatório do i. Delegado da Polícia Federal responsável pela condução das investigações, foram apurados indícios de utilização pelos investigados de diversas empresas com vínculos falsos, voltadas à obtenção fraudulenta de benefícios previdenciários, tanto pela via administrativa como pela via judicial, levando a erro a autarquia previdenciária e o Poder Judiciário.

Descreve a autoridade policial que o *modus operandi* da organização assim se resumia:

- "1) A quadrilha utiliza empresas inativas, muitas vezes substituindo os sócios por pessoas já falecidas;
- 2) Através destas empresas são fabricados vínculos empregatícios falsos que são enviados através de GFIP (disquete) e GFIP WEB (internet), sendo, por consequência, inseridos no CNIS. O envio, em geral, ocorre de maneira extemporânea.
- 3) Em decorrência dos vínculos falsos, muitos benefícios previdenciários foram concedidos administrativamente.
- 4) Quando os benefícios são negados administrativamente a quadrilha pleiteia intervenção judicial. Os magistrados, levados a erro, determinam o reconhecimento do vínculo falso e pagamento do benefício pleiteado.
- 5) Em todos os casos verifica-se a participação integrada de proprietários/responsáveis de escritórios de contabilidade em conjunto com procuradores (advogados) para requerer ou pleitear benefícios previdenciários em sede administrativa ou judicial".

Analisando a representação pela prisão preventiva, o MMº Juízo "a quo" manifestou-se no seguinte sentido, *verbis* (fls. 166/167):

"[...] Do que se extrai do quanto até aqui investigado, há uma intrincada rede de pessoas cujas atividades se voltam para o cometimento de crimes, notadamente, os tipificados nos artigos 171, § 3º, artigo 288, caput e artigo 304, todos do Código Penal.

Existem provas da existência desses crimes, bem delineados no Inquérito Policial e seus inúmeros apensos, os quais condensam o trabalho de investigação executado pelo INSS e pela Polícia Federal.

Igualmente, há indícios de autoria por parte dos investigados, consoante as relações intrínsecas apuradas, como a atuação ora como sócios das empresas utilizadas nas fraudes, ora como responsáveis pela transmissão dos vínculos empregatícios mendazes, ora como testemunhas desses mesmos vínculos, ora como procuradores dos beneficiários nos processos judiciais e, não raro, como beneficiários da própria fraude. [...]"

E, especialmente, quanto ao envolvimento do ora paciente nos fatos relatados pela autoridade policial, o MMº

Juízo "a quo" descreveu que (fl. 215):

"[...] A autoridade policial, nas informações trazidas a este Juízo nesta data, assevera que durante os desdobramentos da investigação levados a cabo com a deflagração da denominada "Operação El Cid II", **restou evidenciado que a participação de TOTUMO SASSAKA nas fraudes perpetradas pela quadrilha é mais complexa e intrincada do que inicialmente averiguado.**

No material encontrado na casa do investigado quando do cumprimento das diligências de busca e apreensão surgiram novos fatos que ligam a pessoa de TUTOMO mais estreitamente com os indivíduos apontados como os articuladores da fraude.

Nos autos do pedido de prisão preventiva e outras diligências visando à apuração dos fatos, consta que os investigados exerciam múltiplas funções, com a utilização de diversas empresas com vínculos falsos, voltadas à obtenção fraudulenta de benefícios previdenciários, tanto pela via administrativa como pela via judicial, levando a erro a autarquia previdenciária e o Poder Judiciário".

Ademais, no ofício de fl. 213 consta em desfavor do ora paciente relatório da Polícia Federal no seguinte sentido:

"[...] Com relação ao preso TUTOMU SASSAKA verifica-se a necessidade da prisão preventiva. **Em análise prévia do material encontrado na residência do mesmo, verifica-se estreita ligação entre o custodiado com os principais alvos da operação (AGUINALDO DOS PASSOS e SAMUEL DOS PASSOS). Sendo assim, a custódia preventiva se justifica pois se o investigado for solto durante a instrução persecutória pode facilmente destruir e/ou esconder provas necessárias ao apuratório, assim como coagir testemunhas (beneficiários dos benefícios fraudulentos) que podem ajudar na elucidação da atividade criminoso**" - grifo nosso.

Pois bem, analisados os fatos e sopesadas as informações da autoridade policial constantes dos autos, tem-se que a deflagração da operação policial é bastante recente, estando em fase ainda de análise de toda a documentação e objetos apreendidos na residência dos investigados, relacionados à investigação criminal.

Ainda, da análise prévia da documentação apreendida, verifico que já constam notícias iniciais dando conta de haver indícios do envolvimento do ora paciente com aqueles que, de acordo com as investigações, seriam os "cabeças" da organização, de maneira que, ao menos nesta análise prefacial dos fatos, entendo prematura a soltura do paciente, pois, como dito, há nos autos informações de que teria ele relações estreitas com os principais integrantes da quadrilha para a prática reiterada de crimes extremamente graves em desfavor da Previdência Social, com prejuízo estimado em quase cinco milhões de reais (fl. 218).

E, como é cediço, a prática reiterada e habitual de crimes é fundamento suficiente ao decreto da prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Nesse aspecto, sobre a possibilidade da prisão preventiva em casos como tais, Julio Fabbrini Mirabete preleciona que:

"fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida" (in Código de Processo Penal Interpretado, 6ª edição, Atlas, pág. 414).

Nesse mesmo sentido, colaciono o seguinte julgado desta E. Corte:

"PENAL- HABEAS CORPUS - CRIME DE DESCAMINHO - LIBERDADE PROVISÓRIA - AGENTES PROPENSOS À PRÁTICA DELITIVA - ORDEM DENEGADA. [...] **A garantia da ordem pública tem por fundamento evitar que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Tem por fim também o acautelamento do meio social e a credibilidade da justiça. Ordem denegada**" - (TRF 3ª Região, HC 29633, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, DJF3 08/08/2008) - grifei.

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIDO O PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA . DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme consignado na sentença que lhe negou a possibilidade de recorrer em liberdade, o paciente, apesar de ter permanecido solto durante o processo, nesse período, praticou novo delito grave, tendo sido, inclusive, condenado por sentença transitada em julgado. 2. **A reiteração criminosa é fundamento idôneo para a segregação antecipada, a fim de resguardar a ordem pública, prevenindo-se, assim, a reprodução de fatos**

delituosos. 3. Por se encontrar calcada em fatos concretos que revelam a necessidade da medida impugnada, não há falar em constrangimento ilegal imposto ao paciente. 4. Ordem denegada" (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: HC - HABEAS CORPUS - 56206 Processo: 200600564532 DJ:21/05/2007 MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA) - grifei.

No mesmo sentido, decidi a E. Suprema Corte que "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/5/2007).

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, a serem prestadas no prazo de 48 horas, por se tratar de paciente preso.

Após, ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00021 HABEAS CORPUS Nº 0035752-91.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035752-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO TEIXEIRA DE ARRAES MENEZES
PACIENTE : SANDRO MALHEIROS DE ALMEIDA reu preso
: VINICIUS DO ESPIRITO SANTO reu preso
: MARCELO EURIPEDES FURTUOSO reu preso
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO TEIXEIRA DE ARRAES MENEZES
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP
CO-REU : EURIPEDES FURTOSO
: JAILSON SOUZA MACHADO
No. ORIG. : 00081166820124036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Sandro Malheiros de Almeida, Vinícius do Espírito Santo e Marcelo Eurípedes Furtuoso**, em face de decisão do MMº Juízo Federal da 1ª Vara de São José do Rio Preto/SP, que converteu a prisão em flagrante dos pacientes em prisão preventiva. O impetrante argumenta, em síntese, que os pacientes fazem jus a responder ao processo em liberdade, pois além de lhe serem favoráveis todos os requisitos legais, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito - são policiais militares com reputação ilibada em Goiânia/GO, a quantidade de medicamentos e armas apreendidas é pequena, sendo cabível, assim, a substituição da prisão pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.

Alega, ademais, ferimento ao princípio da isonomia, já que aos investigados Eurípedes Furtuoso e Jailson Souza Machado foi deferida liberdade provisória, devendo ser estendida aos pacientes, sob pena de violação àquele preceito constitucional.

Pleiteia, pois, liminar a fim de que os pacientes possam responder ao processo em liberdade, expedindo-se alvará de soltura em favor de todos eles.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

A liminar há de ser indeferida.

Extrai-se dos autos que no dia 21/11/2012 os pacientes foram presos em flagrante delito por policiais rodoviários federais, em diligência de rotina, junto a outros indivíduos, pela prática, em tese, dos crimes tipificados nos artigos

180, 334, 273, 304 e 288, todos do Código Penal, além do crime de tráfico de armas (artigos 14 e 18 da Lei nº 10.826/2003).

Apurou-se que Sandro viajava na companhia de Vinícius do Espírito Santo e, quando da abordagem policial, teria feito uso de documento público falso, consistente no CRLV do veículo que alegou ser de sua propriedade, qual seja, GM S-10, placas HEE-3870, que se constatou ser objeto de furto na cidade de Goiânia/GO, conforme boletim de ocorrência nº 016741/2012, datado de 12/09/2012.

Ainda, ao ser realizada busca no veículo, em seu interior foram localizados 40 (quarenta) comprimidos do remédio de disfunção erétil de nome Pramil, bem como 50 (cinquenta) munições de calibre 38, objetos esses importados do Paraguai e proibidos no Brasil, razão pela qual foi dada voz de prisão em flagrante a Sandro e a Vinícius.

Constatou-se, ademais, que em outro veículo, um Ford/Ecosport, viajavam juntos a Sandro e Vinícius os investigados Marcelo Eurípedes Furtuoso, Jailson Souza Machado e Eurípedes Furtuoso, sendo que na posse de Marcelo foram apreendidas 17 (dezesete) munições calibres 38, importadas do Paraguai e de uso proibido no Brasil, e com Eurípedes e Jailson mercadorias estrangeiras desacompanhadas das notas fiscais, razão pela qual foi dada voz de prisão em flagrante também a esses investigados.

Pois bem, resumidos brevemente os fatos, tenho que a prisão preventiva dos pacientes deve ser mantida.

Por primeiro, porque as circunstâncias fáticas reveladas quando da prisão em flagrante estão a demonstrar que ao menos um dos pacientes (Sandro Malheiros de Almeida) fez uso de veículo furtado no Estado de Goiás e de documento público falso - CRLV apresentado à Polícia Rodoviária Federal durante a abordagem, fatos que precisam ser devidamente esclarecidos na sede própria.

Ademais, a alegação de ser pequena a quantidade de mercadorias ilícitas apreendidas é desprovida de razoabilidade, pois é cediço que em se tratando de medicamento proibido e sem a necessária inspeção pela Vigilância Sanitária brasileira, o perigo à vida humana não está atrelado à quantidade de medicamentos, sendo possível que o consumo irregular de apenas um comprimido venha causar a morte do seu consumidor, fato que por si só revela a alta gravidade da conduta incriminada.

Ainda, não é razoável afirmar ser ínfima a quantidade de munições apreendidas, porquanto trata-se no total de quase setenta munições importadas do Paraguai e que, pelo que consta, seriam de uso proibido no País. Além disso, estamos a falar, *in casu*, de pacientes policiais militares, os quais deveriam atuar em prol da Segurança Pública e não em seu desfavor.

Dessa forma, mantendo o entendimento esposado em primeiro grau, penso que a prisão cautelar deve ser mantida, ao menos por ora, para se resguardar a ordem pública.

Pelos mesmos fundamentos, não verifico plausibilidade na aplicação aos pacientes de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, mesmo porque são elas incompatíveis com a gravidade das condutas aqui reveladas.

Por fim, com relação à alegação de ferimento ao princípio constitucional da isonomia, já que aos investigados Eurípedes Furtuoso e Jailson Souza Machado foi deferida liberdade provisória, tenho que, a princípio, não merecem acolhimento os argumentos defensivos, pois na posse de tais investigados foram apreendidas apenas mercadorias estrangeiras, introduzidas no Brasil sem o pagamento dos tributos devidos pela internação, ou seja, não se trata de produtos proibidos no País ou cujo ingresso necessite de autorização prévia da autoridade competente.

Nesse sentido, foi como decidiu o MMº Juízo "a quo", *verbis*:

"Quanto a Eurípedes Furtuoso e Jailson Souza Machado, verifico que eles estavam em companhia do preso Marcelo Eurípedes Furtuoso e foram surpreendidos apenas na posse de mercadorias estrangeiras, introduzidas sem a comprovação de recolhimento dos tributos. As munições foram encontradas na posse de Marcelo. Assim, em princípio, não vislumbro indícios de que também tenham tomado parte na conduta daquele, de modo que, em tese, responderiam apenas pelo delito do artigo 334, do Código Penal, passível de concessão de liberdade provisória, mediante fiança".

Outrossim, não há ferimento ao princípio da isonomia, por se tratar de situação completamente diversa dos ora pacientes.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Intime-se a defesa para que se manifeste, no prazo de cinco dias, acerca do prosseguimento do *habeas corpus* nº 00338934020124030000, impetrado em favor de Sandro Malheiros de Almeida, cujo objeto é o mesmo deste *writ*.

Não havendo manifestação no prazo, e, verificada a litispendência, o paciente será excluído desde logo do pólo passivo deste *writ*, já que distribuído posteriormente àquele *writ*, prosseguindo-se nestes autos tão somente quanto aos demais pacientes.

Extraia-se cópia das informações já prestadas pelo MMº Juízo "a quo" nos autos do *habeas corpus* nº 00338934020124030000, juntando-as a estes autos.

Decorrido o prazo supra, e, cumprida a diligência determinada, tornem-me os autos conclusos para decisão acerca da apontada litispendência relacionada ao paciente Sandro Malheiros de Almeida.

Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00022 HABEAS CORPUS Nº 0033893-40.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.033893-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : LUIS EDUARDO DE MORAES PAGLIUCO
PACIENTE : SANDRO MALHEIROS DE ALMEIDA reu preso
ADVOGADO : LUIS EDUARDO DE MORAES PAGLIUCO e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J RIO PRETO SP
INVESTIGADO : VINICIUS DO ESPIRITO SANTO
: MARCELO EURIPEDES FURTUOSO
: EURIPEDES FURTUOSO
: JAILSON SOUZA MACHADO
No. ORIG. : 00078412220124036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DESPACHO

Considerando as informações no sentido de o paciente ter sido transferido para presídio militar (fl. 94), não mais remanesce a alegação da defesa de risco de vida ao paciente.

Aguarde-se a manifestação da defesa nos autos do *habeas corpus* nº 00357529120124030000, impetrado por outro impetrante em favor do ora paciente e dos investigados Vinicius do Espírito Santo e Marcelo Euripedes Furtuoso, com o mesmo objeto deste *writ*.

Decorrido o prazo de cinco dias deferido no bojo daquele *writ*, tornem-me ambos os autos conclusos em conjunto para decisão acerca da litispendência verificada.

Intime-se o impetrante desta decisão.

São Paulo, 18 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00023 EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL Nº 0005203-82.2012.4.03.6181/SP

2012.61.81.005203-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
EXCIPIENTE : JAMES PONTES DA SILVA
ADVOGADO : LUIZ RICCETTO NETO e outro
EXCEPTO : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA CRIMINAL SAO PAULO SP
No. ORIG. : 00052038220124036181 2P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Considerando o informado à fl. 232, homologo a desistência da presente exceção de suspeição.

Intime-se.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 14 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00024 HABEAS CORPUS Nº 0035437-63.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035437-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : ROBERTO PODVAL
: ODEL MIKAEL JEAN ANTUN
: PAULA MOREIRA INDALECIO
: FABIANA SADEK DE OLYVEIRA
PACIENTE : ROBERTO RAINHA
ADVOGADO : ROBERTO PODVAL e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE >12ºSSJ>SP
CO-REU : PRISCILA CARVALHO VIOTTI
: CASSIA MARIA ALVES DOS SANTOS
: CRISTINA DA SILVA
: EDVALDO JOSE DA SILVA
: RIVALDO ALVES DOS SANTOS JUNIOR
: ROSALINA RODRIGUES DE OLLIVEIRA ACORSI
: VALDEMIR ANTONIO DE SANTANA
: EDNA MARIA TORRIANI
No. ORIG. : 00051505120114036112 5 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Roberto Rainha**, contra ato do MMº Juízo da 5ª Vara Federal de Presidente Prudente/SP, que recebeu a denúncia em desfavor do paciente nos autos da ação penal em epígrafe.

Os impetrantes argumentam, em síntese, que a denúncia é inepta e que, por essa razão, deve ser trancada a ação penal originária.

Sustentam, para tanto, que a inicial acusatória não descreve fato típico algum, porquanto as condutas nela narradas são inerentes à condição de advogado, profissão exercida pelo paciente, nos termos previstos no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Afirmam que o paciente agiu lícitamente, pois nos estritos limites de sua profissão como advogado, ou seja, deu aconselhamentos jurídicos e prestou assessoria jurídica para a prática de atos jurídicos válidos e lícitos, não podendo ser responsabilizado objetivamente, tão somente pelo fato de seus serviços profissionais terem sido desvirtuados por terceiros para o cometimento de infrações penais.

Ademais, aduzem que a acusação não se desincumbiu de expor, ainda que minimamente, o fato imputado criminoso com a necessária clareza, limitando-se a tecer considerações genéricas, a impossibilitar, assim, o exercício pleno da ampla defesa.

Afirmam, ainda, inexistir descrição fática na denúncia apta a se imputar o crime de quadrilha ou bando ao paciente, não tendo o Ministério Público demonstrado possuir elementos suficientes para afirmar que o paciente associou-se ao demais acusados com ânimo associativo e permanente.

Assim, o fato de possuir relação de parentesco ou amizade com os demais acusados, ou de ter prestado consultoria jurídica como advogado, aconselhando José Rainha Junior no que se refere ao trâmite jurídico necessário à criação de entidades aptas ao recebimento de verbas públicas, não significa, absolutamente, esteja envolvido com as fraudes perpetradas por tais pessoas, já que atuou nos estritos limites de sua atividade profissional como advogado.

Outrossim, aduzem os impetrantes inexistir justa causa para a instauração da ação penal contra o paciente,

porquanto nada há nos autos que o vincule à quadrilha que o Ministério Público Federal argumenta existir, destinada ao desvio de verbas públicas.

Requerem, pois, a concessão da ordem a fim de que seja determinado por esta Corte o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Em sede de liminar, pleiteiam a suspensão imediata da ação penal, porquanto configura manifesto constrangimento ilegal o seu prosseguimento com base em meras ilações do "Parquet" Federal, e, ainda, porque já estão designadas audiências de instrução para os meses de fevereiro e março de 2013, quando serão inquiridas testemunhas arroladas pela acusação.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

A liminar não comporta deferimento.

Quando do julgamento do *habeas corpus* nº 0019874-63.2011.4.03.0000 - D.E. de 02/09/2011, envolvendo, entre outros, o correu José Rainha Juniur, esta E. Quinta Turma, por unanimidade de votos, entendeu por bem denegar a ordem nos seguintes termos, *verbis*:

"[...] Os Pacientes tiveram prisão temporária decretada, a partir da apuração dos crimes, com base em quebra de sigilo telefônico e telemático autorizada judicialmente pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal de Presidente Prudente/São Paulo. Posteriormente à instalação da 5ª Vara Federal daquela cidade, o feito foi redistribuído a essa Vara. As escutas e monitoramento dos envolvidos vem sendo acompanhados pelo Ministério Público Federal. A prisão temporária foi decretada ao fundamento da presença do "fumus boni iuris", em vista de indícios da participação dos Pacientes nos crimes elencados no inc. III, do art. 1º, da Lei nº 7.960/89 e do "periculum in mora", reputada a segregação imprescindível para as investigações realizadas no inquérito policial e justificada em longa e detalhada narrativa esboçada pela autoridade impetrada quanto à necessidade da medida constritiva adotada, consoante se vê no documento de fls. 593/629 dos autos.

*Do mesmo modo é a fundamentação da prisão preventiva que sobreveio ao fundamento de que, após o cumprimento das prisões temporárias da maioria dos investigados, **ficou ratificada a existência de uma quadrilha - organização criminosa - liderada por José Rainha Juniur, que vinha atuando na região do Pontal do Paranapanema, perpetrando diversos delitos, dentre eles, contra o meio ambiente, peculato, apropriação indébita e extorsão, alguns desses crimes relacionados ao desvio de verbas públicas, inclusive com a participação de servidores do INCRA e suposta coação de testemunha mediante grave ameaça.***

O modus operandi da suposta quadrilha foi descrito pela autoridade policial, nos seguintes termos:

"Para se conseguir consumir o desvio de verbas públicas, a organização criminosa comandada por José Rainha necessita da criação de novos assentamentos, ou a manutenção do domínio sobre alguns já criados, em conjunto com a criação de associações, cooperativas e institutos, os quais são administrados por integrantes do grupo. Depois disso, basta aguardar os recursos enviados pelo INCRA/SP, visando o desenvolvimento dos projetos sociais em favor das comunidades, cujos valores entram nas contas bancárias das associações, cooperativas e institutos, que foram criados pela organização criminosa e por eles administrados, para se apropriarem das verbas públicas. Convém ressaltar que, se José Rainha e/ou o grupo perdem a ingerência em determinado assentamento, essa comunidade passa a não receber os recursos que seriam destinados pelo INCRA/SP, através da ingerência que Rainha mantém junto ao instituto.

Em relação aos Pacientes José Rainha, Claudemir Silva e Antonio Carlos dos Santos, ponderou a autoridade impetrada haver fortíssimos indícios de o líder da organização ser José Rainha e Claudemir e Antonio Carlos serem espécie de "gerentes" das atividades criminosas, assim resumidas:

[...]

- Crime de apropriação indébita - com relação às cestas básicas enviadas pelo Governo Federal às famílias de assentados, tendo sido apurado que José Rainha cobrava certa quantia em dinheiro das famílias, tratando do seu gerenciamento e transporte".

- Crime de extorsão - referente a dinheiro advindo das invasões de terra denominadas "Abril Vermelho", valores obtidos mediante grave ameaça de incendiar canaviais das empresas ETH-Bioenergética e Cosan, longa e detalhadamente narrado na decisão que decretou a prisão dos Pacientes.

Diante de tais narrativas e sua dimensão, é de se ter por presentes os requisitos da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, mostrando-se necessária à garantia da ordem pública e conveniência da instrução penal.

Conforme apontado pelo Ministério Público Federal trata-se de envolvidos que integrariam estrutura criminosa de amplo espectro, com envolvimento de servidores públicos que compõem organização voltada à prática reiterada de crimes. Grifo nosso.

Especificamente quanto ao ora paciente, a denúncia descreve diversas conversas telefônicas interceptadas pela Polícia Federal, entre o paciente e o acusado José Rainha Juniur (fls. 1262/1265).

Em um desses diálogos o paciente envia mensagem de texto a José Rainha informando que o "*contato marcou para terça-feira que vem*", havendo nos autos interpretação pela Polícia Federal, que "contato", no contexto das conversas anteriores, *seja a pessoa que atende por TAÍDE, e iria na terça-feira 05/04/2011 realizar o pagamento do valor restante a ROBERTO RAINHA* (fl. 1265).

Nesse sentido, cito parte de diálogos telefônicos interceptados e relatados pela Polícia Federal em relatório circunstanciado, *verbis* (fl. 1265):

"[...] Confirmando o que foi relatado acima, às 16:10 de 21/03/2011 (índice 21356096), registramos o diálogo entre RAINHA e seu irmão ROBERTO, onde inicialmente conversaram sobre os depoimentos prestados a Polícia Federal por membros da organização criminoso. Entretanto, a partir dos 10min40 de diálogo, ROBERTO questionou sobre o negócio que eles iriam procurar RAINHA na sexta, ou no sábado. RAINHA informou que o 'procuraram com uma parte', e que o cara deveria conversar com ROBERTO, porque ficou 'um outro pedaço para trás'. RAINHA ainda explicou que enrolaram devido ao carnaval, e que eles deveriam procurar ROBERTO entre quinta ou sexta. Passado alguns dias, às 15:13H de 31/03/2011 (índice 21486440), RAINHA ligou para o irmão ROBERTO e disse que havia recebido sua a mensagem (informando que 'o contato marcou para semana que vem'). RAINHA aproveitou para confirmar se teria sido marcado. ROBERTO disse que sim. RAINHA ponderou que 'como ficou uma parte daquele resto de documento, uma parte menor, certamente acho que eles vão acertar a totalidade' (entregar o montante total). ROBERTO disse que precisaria aguardar para ver (se efetivamente seria entregue todo o dinheiro avançado), e que 'ele' ficou de ligar. RAINHA disse que era para ROBERTO verificar a situação, mas que a situação não poderia piorar (faz referência à fase sem dinheiro em que novamente se encontra)" sem destaque no original.

Quanto a expressão "documento", utilizada por José Rainha em diversas das conversas telefônicas interceptadas, a conclusão da Polícia Federal, diante do contexto das conversas, bem como da testemunha Ricardo Schittini Duarte, ouvida perante a autoridade policial (fl. 1261), é que se trata de dinheiro.

Vejamos o depoimento de referida testemunha (fl. 1261):

"QUE acredita que o primeiro pedido de dinheiro efetuado por JOSÉ RAINHA ocorreu no mês de dezembro/2010, isto através de mensagem eletrônica, porém, não deram nenhuma resposta a mensagem em questão; [...] QUE a razão do encontro de ATHAYDE com JOSÉ RAINHA era para entrega de um dos pagamentos acordados no mês de dezembro/2010; QUE provavelmente quando JOSÉ RAINHA cobra por documentos no áudio em questão, 1min20ss até 01min30ss, o mesmo faz referência ao dinheiro, pois o depoente não tinha que entregar a JOSÉ RAINHA nenhum documento, mesmo porque, não faz sentido a cobrança efetuada por JOSÉ RAINHA de um adiantamento de documento".

No mesmo sentido, relativamente a outro áudio em que José Rainha mencionou a palavra "documento", a testemunha Ricardo assim asseverou (fl. 1262):

"QUE confirma que é a voz do depoente em conversa com José Rainha no áudio; [...] QUE confirma que a palavra 'documentos' nesse áudio se tratava de dinheiro [...]" - grifei.

Cito, ainda, outro diálogo telefônico interceptado pela Polícia Federal em que Roberto e José Rainha Juníur tratam do recebimento de uma "documentação", referindo-se novamente a "documentos". Vejamos (fl. 1263):

"RAINHA continuou dizendo que seria conveniente ROBERTO ligar para o cara e falar que 'você procurou o pessoal lá, e hoje eu estaria na capital' e que se fosse para 'resolver a documentação', teria que ser naquele dia, senão não daria tempo e aí o cara teria que procurar outra pessoa. Disse que assim ROBERTO daria um 'xeque-mate'. Disse que era para ROBERTO falar que 'vou entrar com uma ação e preciso de isso hoje'. [...] ROBERTO disse que iria chegar em seu escritório e iria fazer a ligação de um telefone fixo, mais seguro". (sem destaque no original).

Assim, considerando a conclusão externada tanto pela Polícia Federal quanto por pessoa chantageada por José Rainha Juníur, não há qualquer dúvida que nos diálogos interceptados, em que captada conversa entre este acusado e seu irmão Roberto Rainha, ora paciente, **ambos tratavam de recebimento de dinheiro e não de "documentos"**.

Ademais, no diálogo supra transcrito entre o paciente e José Rainha, este *informou que o 'procuraram com uma parte', e que o cara deveria conversar com ROBERTO, porque ficou 'um outro pedaço para trás'*.

Em seguida a conversa relata que *ficou uma parte daquele resto de documento, uma parte menor, certamente acho que eles vão acertar a totalidade*.

Ora, sopesando o contexto de tais conversas com o testemunho de Ricardo, acima transcrito, resta clara a intenção dos acusados em manter o mínimo de contato possível por telefone, e sempre o fazendo por meio de "códigos", em que a palavra *documento* significa, realmente, dinheiro, mesmo porque não faria sentido falar que irão *acertar a totalidade de documento*, não tendo esta frase significado algum na língua portuguesa, nem tampouco na linguagem popular ou nos usos e costumes brasileiros.

Dessa forma, fixo o seguinte raciocínio: se a defesa vem a esta Corte alegar que o paciente não está envolvido com a organização criminosa liderada por José Rainha Junir, então por qual razão precisava conversar por meio de "códigos" e de frases truncadas com aquele acusado?

E, se assim é, pergunto: não teria ele condições, ainda que mínimas, de conhecer ou ao menos suspeitar da ilicitude das condutas perpetradas por seu irmão?

É claro que tais questões estão inevitavelmente vinculadas ao mérito da ação originária, porquanto pressupõem a incursão no estado anímico do ora paciente, sendo certo que somente lá poder-se-á concluir pela existência ou não do dolo em sua conduta, ainda que eventual.

Não obstante, com a devida vênia, entendo não se coadunar com o normal e lícito exercício da advocacia o atendimento a "clientes" através de conversas telefônicas mutiladas e realizadas por meio de "códigos", cujo contexto somente pode ser conhecido quando cotejada a conversa com outras existentes nos autos, tal como aqui ocorre.

Como se não bastasse, consta ainda da denúncia (aditamento de fls. 1334/1366) que o paciente Roberto Rainha teria recebido a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), na sede do INCRA em São Paulo, em nome de seu irmão José Rainha Junir, tendo depois entregue a ele o dinheiro.

Extrai-se, ademais, da decisão do MMº Juízo "a quo" (fls. 1410/1411), um dos meios de atuação da quadrilha, envolvendo o ora paciente, *verbis*:

"Seguindo as orientações de PRISCILA, assim que o dinheiro fica disponibilizado para JOSÉ RAINHA no INCRA/SP, ele manda seu irmão ROBERTO RAINHA, pegar com a pessoa de CAMILA o dinheiro e efetuar os depósitos.

Através de e-mail, JOSÉ RAINHA esclarece a ROBERTO RAINHA que o encontro para pegar o dinheiro disponibilizado por PRISCILA deveria acontecer no dia seguinte, às 16h00min e, na posse do dinheiro, ele deveria depositar na conta corrente de RIVALDO, cujo número era 00300000455-9 da agência 4141 da Caixa Econômica Federal.

Em outro e-mail, enviado por JOSÉ RAINHA a seu irmão ROBERTO na data de 13/01/2011 às 11h35min[...], fica evidente como parte do dinheiro transita pelas contas geridas por RIVALDO e parte na conta corrente de CRISTINA DA SILVA, atual amásia de RAINHA, cuja conta é no Banco do Brasil, agência 4474-1, cujo número é 5256-6.

Conclui-se, portanto, que PRISCILA CARVALHO VIOTTI acabou se apropriando do dinheiro público do qual tinha posse, desviou em proveito próprio de terceira pessoa, no caso JOSÉ RAINHA JUNIUR, que por sua vez pediu ao irmão ROBERTO RAINHA para ir à sede do INCRA/SP, procurasse a pessoa de CAMILA e pegasse o dinheiro. Com o dinheiro em mãos, ROBERTO RAINHA deveria efetuar depósitos nas contas de CRISTINA DA SILVA e RIVALDO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR. Conforme ROBERTO RAINHA mesmo disse, ele 'tiraria R\$ 50,00 para taxa do 'instituto'' - grifo nosso.

Consta, ainda, em desfavor do paciente detalhado relatório policial, do qual é possível aferir a existência de inúmeros aconselhamentos jurídicos do paciente a seu irmão José Rainha Junir, consistentes em criação de entidades pelo grupo, cujo fim seria a recepção de verbas públicas e o seu consequente desvio (fls. 1488/1495). A esse respeito, transcrevo parte da r. decisão "a quo" (fl. 1489):

"Neste sentido, ROBERTO RAINHA utilizou seus conhecimentos ao justificar a idéia de criação de Instituto pelo fato do termo 'instituto' ser, em sua concepção, mais aceito pelo público em geral, o que poderia facilitar a aprovação de 'projetos nacionais e internacionais' (recepção de recursos). Argumentou também, que o termo 'cooperativa' seria mal visto, especialmente na região territorial de atuação do grupo e que as entidades criadas pelo grupo no passado estariam todas envolvidas em processos que apuram irregularidades na aplicação de verbas públicas ou denúncias que versam sobre o mesmo assunto".

Assim, sopesados todos esses aspectos, ao menos nesta análise prefacial dos fatos, entendo haver legitimidade na denúncia ofertada pelo "Parquet" Federal, não sendo possível afirmar-se, por ora, tratar-se de inicial acusatória inepta, pois o cotejo das conversas e troca de email's entre o paciente e seu irmão José Rainha Junir está a indicar possível envolvimento de Roberto Rainha com a organização criminosa em tela, sendo prematuro e indevido impedir a atuação do Ministério Público Federal de convolar em prova aqueles indícios, vigendo neste momento o princípio *in dubio pro societatis*.

Ressalto que a alegação defensiva de exercício regular da profissão pelo ora paciente pode, perfeitamente, ser verdadeira e vir a ser devidamente comprovada em juízo durante a instrução, porém, tratando-se de matéria voltada ao mérito, inviável, pois, de ser analisada na via estreita do *habeas corpus*, e, ainda, havendo indícios,

ainda que mínimos, de prática delitiva pelo paciente, não se pode, reitero, retirar da acusação o poder-dever de comprovar a prática delituosa, sob pena de indelévels prejuízos à toda sociedade, bem como à credibilidade da justiça.

Por essas mesmas razões, não vislumbro *periculum in mora* e, portanto, necessidade de ser determinada a suspensão da ação originária, pois a própria defesa informou ter sido designada audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação para fevereiro e março do próximo ano, de maneira que não há qualquer perigo de a ação principal ser sentenciada antes do julgamento do mérito deste *writ*, principalmente, ao se considerar o maior elastério temporal para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa e, finalmente, o interrogatório dos réus.

Ante todas essas razões, **indefiro o pedido de liminar.**

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora.

Após a juntada, ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00025 HABEAS CORPUS Nº 0035683-59.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035683-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : DINALDO LOURENCO
PACIENTE : DINALDO LOURENCO
ADVOGADO : CARLOS MACHADO JUNIOR e outro
IMPETRADO : JUIZO DA COMARCA DE BARRETOS

DESPACHO

Vistos...

O presente *habeas corpus* foi impetrado pelo advogado Dr. Carlos Machado Junior, com o fim de ser determinado o trancamento da ação penal originária.

Não obstante, o impetrante não anexou sequer a decisão "a quo" impugnada, tampouco qualquer documento que possibilite a identificação da autoridade coatora.

Assim, no prazo de dez dias, regularize o impetrante a petição inicial, sob pena de indeferimento.

Intime-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00026 HABEAS CORPUS Nº 0035431-56.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035431-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : Defensoria Publica da Uniao
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
PACIENTE : JOSE BENITO ORELLANA ESPINOZA reu preso
: FAUSTO PILLCO ROCHA reu preso
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE ARMBRUST VIRGINELLI (Int.Pessoal)

IMPETRADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
No. ORIG. : JUIZO FEDERAL DA 8 VARA CRIMINAL SAO PAULO SP
: 00021000420114036181 8P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **José Benito Orellana Espinoza e Fausto Pillco Rocha**, em face da r. decisão proferida pelo MMº Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo, que decretou a prisão preventiva dos pacientes.

A impetrante alega, em síntese, que o MMº Juízo "a quo" é incompetente para decretar a custódia cautelar dos pacientes, porquanto já esgotada a jurisdição após proferida a sentença condenatória e, inclusive, apresentadas as razões e contrarrazões de apelação pelas partes.

Sendo nulo o ato coator, deve ser relaxada a prisão preventiva.

Requer, pois, concessão de liminar a fim de ser imediatamente relaxada a prisão ilegal.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

A liminar não comporta deferimento.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso nas penas do artigo 33, c.c o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, a três anos, dez meses e vinte dias de reclusão, e mais 389 (trezentos e oitenta e nove) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a reprimenda privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, deferido o direito de apelar em liberdade, **sob a condição de comparecerem em juízo, no prazo de 48 horas, a fim de prestarem compromisso de não deixar o país sem autorização judicial.**

Ocorre que os réus descumpriram referida condição, deixando de comparecer ao Juízo "a quo" para prestarem compromisso, o que levou aquele r. Juízo a decretar a prisão preventiva.

Aduz a defesa que sua Excelência não poderia ter assim agido, já que àquela altura já haviam sido apresentadas as razões e contrarrazões de apelação pelas partes, circunstância que conduz à competência deste Tribunal para o decreto de medidas cautelares.

Ao menos à primeira luz, entendo equivocada a tese defensiva.

Isso porque, por primeiro, não há no Código de Processo Penal previsão legal de alteração de competência no caso de já terem sido apresentadas as razões de apelação em primeiro grau, tampouco há impedimento expresso de decretação da prisão preventiva após a prolação da sentença condenatória.

Ademais, no caso dos autos, o MMº Juízo condicionou, expressamente, a possibilidade de os réus apelarem em liberdade à obrigação de comparecerem em juízo no prazo de 48 horas **a fim de prestarem compromisso de não deixar o país sem autorização judicial**, cujo fim, evidentemente, é o resguardo da aplicação da lei penal.

E, se assim os pacientes não procederam, descumprindo ordem judicial, correto o decreto prisional, já que tal conduta dos pacientes revela total descaso e intenção clara de descumprimento à determinação judicial.

Ainda, ao contrário do aduzido pela defesa, o artigo 312 do CPP não limita o decreto da custódia cautelar tão somente até o encerramento da instrução, podendo, ao contrário, ser decretada a qualquer momento durante a ação penal e, inclusive, de ofício pelo Juiz.

Por fim, o artigo 312 parágrafo único do CPP é expresso no sentido de possibilitar a prisão preventiva caso sejam descumpridas obrigações impostas pelo Juízo como medida cautelar substitutiva diversa da prisão (art. 319 do CPP).

Outrossim, ao menos nesta análise preambular, não vislumbro ilegalidade na decisão do MMº Juízo "a quo".

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Após prestadas as informações, ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00027 HABEAS CORPUS Nº 0035968-52.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035968-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

IMPETRANTE : LEONARDO PANTALEAO
: LEONARDO MISSACI
: BRUNO MARTINS MAGALHAES ALVES
PACIENTE : MARCELO SABADIN BALTAZAR reu preso
ADVOGADO : LEONARDO FOGACA PANTALEAO e outro
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA CRIMINAL SAO PAULO SP
CO-REU : MAURO SABATINO
: ADOLPHO ALEXANDRE DE ANDRADE REBELLO
: ALCIDES ANDREONI JUNIOR
: PAULO MARCOS DAL CHICCO
: NORIVAL FERREIRA
: PAULO NAKAMASHI
: OMAR FENELON SANTOS TAHAN
: BERNARDO MARCELO YUNGMAN
: MARCOS SZLOMOVICZ
: WELDON E SILVA DELMONDES
: JONATHAS DE SOUZA OLIVEIRA
: MOHAMAD HACEM HACHEM
: KANG RONG YE
: KANG MAIO YE
: JOSE CARLOS HOROWICZ
: SILVIA REGINA JASMIN UEDA
: CARLOS SATOSHI ISHIGAI
No. ORIG. : 00112146420114036181 3P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de **Marcelo Sabadin Baltazar**, contra ato da MM. Juíza da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, que impôs ao paciente medidas cautelares atinentes à suspensão do exercício da função pública e à proibição de acessar e frequentar determinados lugares, com fulcro no artigo 319, incisos II e VI, do Código de Processo Penal (fls. 259/263).

Os impetrantes argumentam, em síntese, que o Ministério Público Federal aditou as denúncias de n.º 0011214-64.2011.403.6181, n.º 0010244-64.2011.403.6181, n.º 0012392-48.2011.403.6181 e n.º 0008292-21.2009.403.6181, em trâmite perante o Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, referentes à "Operação Insistência", para que o paciente fosse incluído no pólo passivo e denunciado, respectivamente, como incurso no art. 317 c.c. art. 29, CP; art. 317, §1º c.c. arts. 69 e 29 do CP; art. 288, *caput* e parágrafo único e art. 325 c.c. arts. 69 e 29 do CP; e art. 317 c.c. art. 29 do CP, considerando, para tanto, que **Marcelo**, ao atuar como Delegado Chefe da Delegacia Especializada na Repressão a Crimes Fazendários - DELEFAZ, teria participado de crimes de formação de quadrilha e corrupção passiva juntamente com os Agentes de Polícia Federal Mauro Sabatino, Alcides Andreoni Junior e Paulo Marcos Dal Chicco, além de outros corréus.

Sustentam que o paciente, em abril de 2009, atuando na DELEFAZ, afastou Alcides e Paulo de sua equipe, por suposto envolvimento de ambos com condutas delituosas. Somente não afastou Mauro por determinação superior. Assim sendo, inexistente razão ao Ministério Público Federal para afirmar que a manutenção de Mauro em seu cargo visava estratégia do paciente para ofertar proteção ao esquema criminoso do qual, supostamente, participava.

Aduzem que Mauro, Alcides e Paulo, por vingança, formularam delação premiada (Autos n.º 0006788-72.2012.403.6181) em desfavor do paciente, o que acarretou nos aditamentos supra mencionados, e levou a MM. Juíza da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP a determinar as medidas cautelares ora combatidas em desfavor do paciente.

Alegam que foi imposta ao paciente, indevidamente, a medida cautelar de suspensão da função pública em setembro de 2012, porquanto **Marcelo** estava atuando em outro Departamento da Polícia Federal (RR/INTERPOL/SR/DPF/SP) desde maio de 2011, não guardando mais, portanto, qualquer vínculo com a DELEFAZ.

Argumentam que as cautelares impostas foram calcadas somente nas palavras dos delatores, os quais noticiaram o envolvimento do paciente apenas para conseguir a revogação de suas respectivas prisões preventivas, o que, de fato, ocorreu, restando a decisão judicial carente de fundamentos concretos e individualizados, aptos a justificar a imposição das medidas.

Sustentam, portanto, que o paciente sofre constrangimento ilegal consubstanciado na decisão judicial que lhe determinou a proibição de acessar o prédio da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, bem como a suspensão do exercício de sua função pública, na medida em que possui reputação ilibada e excelente desempenho profissional.

Requerem, em consequência, seja concedida liminar para suspender a decisão impositiva das cautelares, reintegrando-se o paciente no exercício de suas funções junto ao Departamento da Polícia Federal, e restabelecendo sua liberdade de locomoção, confirmando-se, posteriormente e em definitivo, a concessão da ordem.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

Verifico presentes os requisitos autorizadores à concessão da medida liminar pleiteada, porém, com algumas ressalvas, que a seguir passo a explicitar.

Em contato com a 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, que prestou as informações por mim solicitadas - cuja juntada ora determino -, verifico que nenhuma das denúncias oferecidas em desfavor do paciente foi recebida, o que denota, a meu ver, a antecipação da magistrada em impor as medidas cautelares supra mencionadas, principalmente aquela atinente à suspensão do exercício da função pública.

Com efeito, ainda que sua Excelência tenha tecido considerações a respeito do possível envolvimento do paciente nos fatos, é certo que para o recebimento da denúncia nos crimes em questão é imprescindível a apresentação de defesa escrita pelo acusado funcionário público, à luz do artigo 514 do CPP, oportunidade em que fatos e circunstâncias ainda não constantes dos autos podem vir, eventualmente, a esvaziar a inicial acusatória ofertada pelo Ministério Público Federal, conduzindo o magistrado a rejeitá-la ou, até mesmo, absolver sumariamente o denunciado.

Ainda, considero relevante o fato de o nome do ora paciente apenas ter vindo à tona na delação premiada realizada em juízo pelos corréus Alcides, Mauro e Paulo, ocorrida em meados de 2012, isto é, aproximadamente dois anos após o início das investigações, e na iminência de ser prolatada possível sentença condenatória, circunstância que evidentemente precisa ser sopesada com a devida cautela, a fim de evitar responsabilização objetiva ao paciente, lastreada em imputação temerária e desprovida de outros meios de comprovação, máxime ao ser considerado o fato de durante o inquérito policial ter sido decretada a interceptação telefônica em face dos demais réus, e o nome do paciente jamais ter sido ventilado em momento algum, tanto que somente agora veio a ser denunciado.

Destaco, ademais, ter a defesa demonstrado documentalmente (fls. 360 - declaração emitida por Sérgio Barboza Menezes - Delegado de Polícia Federal e então superior hierárquico do ora paciente) que, apesar de o paciente ter determinado o afastamento dos policiais Alcides, Mauro e Paulo, em razão de possível envolvimento em irregularidades àquele momento apuradas, Mauro acabou permanecendo no cargo, exclusivamente, por determinação do Dr. Sérgio Menezes, então superior hierárquico do paciente, fator que, a princípio, pode servir de amparo à boa-fé de Marcelo Sabadin.

Diante desse quadro, entendo prematura a decisão de afastamento do paciente de seu cargo público de Delegado da Polícia Federal, exercido há anos sem registro de qualquer mácula em sua atuação funcional (conforme documentos anexos), sem que antes o MMº Juízo se pronunciasse acerca de todos os elementos trazidos aos autos pela nobre defesa.

Portanto, sopesados tais fatores, não entendo que a melhor maneira de resguardar possíveis provas ainda eventualmente existentes, seja afastar o paciente de suas funções públicas, considerando que nem sequer foram ainda analisados os requisitos necessários para a validade da inicial acusatória, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, entre eles, a descrição individualizada das condutas imputadas a **Marcelo**.

Portanto, ao menos em análise preliminar dos fatos, entendo configurado o *fumus boni iuris* para a concessão da liminar, com o consequente retorno do paciente ao seu cargo público e livre acesso à Superintendência da Polícia Federal em São Paulo.

Contudo, esclareço que tal concessão somente se justifica e deverá ser mantida enquanto não houver o recebimento de qualquer das denúncias oferecidas em desfavor de **Marcelo**, pois, uma vez verificado pelo MMº Juízo a existência de indícios de prática de crime pelo paciente, ou seja, após razoável análise pelo Juízo a respeito de todas as questões ora postas no bojo deste *writ* e ainda não apreciadas em primeiro grau, reputo incompatível a sua manutenção no cargo público enquanto durar o processo.

Ante o exposto, **concedo a liminar**, a fim de permitir o retorno do paciente ao cargo público que exerce e também o acesso ao prédio da Superintendência Regional da Polícia Federal em São Paulo, **condicionando-se a manutenção dos efeitos dessa decisão ao não recebimento das denúncias, em quaisquer dos feitos supra apontados**.

Intime-se.

Requisitem-se informações à autoridade apontada como coatora, comunicando-a desta decisão.

Com a juntada, ao MPF para parecer.

São Paulo, 21 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00028 HABEAS CORPUS Nº 0036185-95.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.036185-9/SP

RELATORA : Juíza Convocada TÂNIA MARANGONI
IMPETRANTE : Defensoria Publica da Uniao
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal)
PACIENTE : SILVIO CANUTO DA SILVA reu preso
ADVOGADO : JULIA CORREA DE ALMEIDA (Int.Pessoal)
: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 6 VARA DE GUARULHOS > 19ªSSJ > SP
No. ORIG. : 00046056220084036119 6 Vr GUARULHOS/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Silvio Canuto da Silva**, em face de decisão do MMº Juízo da 6ª Vara Federal de Guarulhos/SP, que decretou a prisão preventiva do paciente. A impetrante argumenta, em síntese, estarem ausentes os requisitos da custódia cautelar, bem como a ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa, devendo o paciente aguardar em liberdade seu julgamento. Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

A liminar não comporta deferimento.

Com relação à prisão preventiva, sua Excelência deixou claro na r. decisão "a quo" que o paciente já foi

condenado por crime de tráfico de drogas, com decisão transitada em julgado, e responde a outros inquéritos e ações penais por crimes de tráfico de drogas e roubo com emprego de arma de fogo e retenção da vítima (fl. 16/verso).

Assim, verificada a reincidência e a possível habitualidade na senda delitiva, verifica-se necessária a custódia cautelar para o resguardo da ordem pública.

No tocante ao alegado excesso de prazo, o fato de a prisão do paciente não ter sido imediatamente comunicada às autoridades competentes não pode ser atribuído ao Ministério Público Federal, tampouco ao MMº Juízo "a quo", de maneira que, estando o feito principal tramitando em prazo razoável e observando os trâmites processuais normais, entendo não ser o caso, ao menos por ora, de relaxamento da prisão.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Após prestadas as informações pelo MMº Juízo "a quo", no prazo de 48 horas, **com as peças principais do feito originário**, abra-se vista ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 21 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00029 HABEAS CORPUS Nº 0035902-72.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.035902-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
IMPETRANTE : CARLOS AUGUSTO FELIPPETE
PACIENTE : MAURO MENDES DE ARAUJO reu preso
ADVOGADO : CARLOS AUGUSTO FELIPPETE
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA CRIMINAL SAO PAULO SP
No. ORIG. : 00133607820114036181 4P Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Mauro Mendes de Araújo**, contra ato do MMº Juízo da 4ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP, que decretou a prisão preventiva em desfavor do paciente.

O impetrante argumenta, em síntese, haver excesso de prazo para a formação da culpa, porquanto o paciente está preso preventivamente desde 15 de janeiro de 2012, sem que a instrução tenha sido concluída.

Alega que o prazo legal para o término da instrução nos crimes de tráfico de drogas é de 198 (cento e noventa e oito) dias, correspondente à somatória de todos os prazos legais previstos, desde a instauração do inquérito policial, e que há muito já restou ultrapassado, sendo o relaxamento da prisão, portanto, medida de rigor.

Argumenta, ademais, estarem ausentes os requisitos para a prisão preventiva, pois o paciente não teria cometido os crimes imputados na denúncia, nada havendo nos autos que comprove o seu envolvimento nos fatos.

Pleiteia liminar para ser relaxada a prisão cautelar e, ao final, para que seja concedida a ordem, deferindo-se ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade.

Com a inicial vieram documentos.

É o relatório.

Decido.

Primeiramente, ressalto que, conforme já outrora decidido em *habeas corpus* anteriormente impetrado pela defesa, há nos autos elementos indiciários dando conta de que o paciente estaria envolvido, com estabilidade e permanência, com a organização criminosa objeto da investigação na denominada "operação semilla" da Polícia Federal, voltada ao tráfico internacional de drogas.

Segundo se depreende da documentação acostada, o paciente seria, em tese, parte integrante daquela organização, que detém alto poder econômico e com ramificações internacionais.

Com efeito, consta da denúncia que o Paciente fez parte das negociações que culminaram na apreensão de 24,56 kg de cocaína, indo a São Paulo junto com o denunciado Nerivaldo para discutirem diretamente com o coacusado Batista, estando incurso nas sanções do artigo 33, *caput* c/c artigo 35 c/c artigo todos da Lei nº 11.343/06.

A decisão que indeferiu a liberdade provisória e a que decretou a prisão preventiva do paciente estão devidamente fundamentadas no seguinte:

"[...] Com base nas informações colhidas nesta investigação, no dia 30 de março de 2011, na cidade de Floriano/PI, foi preso em flagrante Reginaldo Sampaio Dias, vulgo "ALEMÃO", na posse de 25 quilos de cocaína, que pertenciam à cédula da organização criminosa liderada por "BATISTA" conforme documentos constantes do Inquérito Policial nº 298/2011-SR/DPF/PI.

Segundo o apurado, a transação dessa cocaína começou quando o traficante **MAURO MENDES DE ARAÚJO (CABELO)**, ofereceu a droga a **NERIVALDO DA CUNHA**, conhecido como **PARANÁ**.

Para conseguir um comprador, "PARANÁ" entrou em contato com **SIDNEIS APARECIDO PEREIRA ("NEI")**, que, em troca de uma porcentagem no valor da venda, ofereceu a cocaína a "BATISTA", por intermédio de **RALPH OLIVEIRA DO AMARAL FILHO**, que teria armazenado a droga consigo por uma noite.

Em seguida, **RALPH** entregou os 54 quilos de cocaína a **GORDÃO (MARCO ANTÔNIO DOS SANTOS)**, seguindo as ordens de "BATISTA". **LENO MARCIO ALVES LOPES ("Playboy")** e **JOSÉ GILSON MANOEL DA SILVA**, também conhecido como "GAGO" colaboraram com a arregimentação de um motorista, que se encarregaria de levar a droga à região nordeste do Brasil: **REGINALDO SAMPAIO DIAS**, que acabou preso."

Ressalto, ainda, que a denúncia escora-se em investigações que duraram cerca de um ano e meio, desvendando-se organização criminosa com atuação e contatos fora do país, com alto poder econômico (considerado o grande montante de droga apreendida - 4.297,58 kg de cocaína e 5.210, 70 kg de "maconha" - e os diversos veículos utilizados, incluindo uma aeronave), o que viabiliza uma possível fuga de seus membros.

Portanto, como se depreende da simples leitura da denúncia e das peças constantes dos autos, há elementos indiciários consistentes, dando conta de o paciente ser integrante de organização criminosa de âmbito internacional, voltada ao tráfico de drogas, com elo na Bolívia e relações com outras organizações também direcionadas àquele mesmo crime e com alto poder econômico, a revelar a necessidade da manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Quanto ao alegado excesso de prazo, conforme se verifica, as investigações entabuladas no bojo da "operação semilla" são de alta complexidade, resultando, como consequência, em ação penal também extremamente complexa, com elevado número de réus, necessidade de expedição de diversas cartas precatórias, além de terem sido inúmeros os incidentes criados, tal como bem explanado pelo MMº Juízo "a quo", *verbis*:

"Foram oferecidas 07 denúncias, em face de um total de 47 (quarenta e sete) indivíduos, alguns deles constantes em mais de uma denúncia, cada um desses feitos contando atualmente com 4 volumes cada e diversos apensos. Além da complexidade dos feitos relacionados à Operação Semilla em função do número de denunciados, em sua grande maioria presos, o deferimento das medidas cautelares também ensejou a distribuição de diversos pedidos de liberdade provisória, pedidos de restituição de bens, bem como a impetração de Habeas Corpus perante Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Tribunais Superiores, em cujos autos foram prestadas informações por este Juízo.

Por fim, ressalto que a ação principal vem tendo seu regular processamento e encontra-se em fase de instrução criminal, restando pendente a inquirição das testemunhas de defesa e interrogatórios".

Nesse sentido, cumpre consignar que não há no Código de Processo Penal um prazo certo e determinado para a entrega da tutela jurisdicional, quer se trate de réu preso ou não. Obviamente, optou o legislador por não estabelecer um prazo rígido para o término do procedimento, em virtude das inúmeras intercorrências que são possíveis em cada caso.

Nessa ordem de idéia, ensina Guilherme de Souza Nucci, que:

"(...) Atualmente, é preciso dilatar esses prazos, permitindo a cada Vara atuar conforme o número de processos que tenha sob sua responsabilidade. Os Tribunais têm reconhecido tal medida e já não vem sendo concedida ordem de habeas corpus para a soltura de réus, quando a instrução se estende além do previsto (81 dias) em tese, pela lei processual penal, desde que haja motivo justificado. Conferir: " O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. **A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo . O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal**" (STJ, RHC 8.089-PI, 6ª T., rel. Cernicchiaro, 16.04.1999, v.u., DJ 24.05.1999, p.200) (...) Anote-se, também:" A complexidade do processo, envolvendo 4 réus, acusados dos crimes de tráfico de drogas e formação de quadrilha, aliada ao fato da oitiva de testemunhas de acusação e defesa de outra comarca, dificultando a marcha processual, exclui o indevido constrangimento decorrente do excesso de prazo na formação da culpa, por força do princípio da razoabilidade " (STJ, RHC 8.350-SP, 6ª T., rel. Fernando Gonçalves, 20.04.1999, v.u., DF 24.05.1999, p. 201) (...) " (in, "Código de Processo Penal Comentado", 3ª edição, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 644.).

Portanto, não se impõe um limite rígido de tempo, ficando a cargo do magistrado, diante do princípio da razoabilidade, e à luz do caso concreto, decidir sobre a necessidade de manter o réu no cárcere. Sobre o tema, colaciono excerto de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que reza: "(...) *No tocante a duração da prisão cautelar, tem prevalecido o entendimento jurisprudencial de que, ao invés do prazo pretoriano e peremptório de 81 dias, é de se observar a razoabilidade*".

Outrossim, verificado o quadro apresentado - elevado número de réus e inúmeros incidentes ocorridos durante a instrução e a necessidade de expedição de várias cartas precatórias -, entendo não desarrazoado o atraso verificado, mantendo-se, ao menos por ora, a custódia cautelar do paciente.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de liminar.**

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, a serem prestadas no prazo de 48 horas, por se tratar de paciente preso.

Após, ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00030 HABEAS CORPUS Nº 0036255-15.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.036255-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : EWERTON EBLIN PERIN
ADVOGADO : JOSE ROBERTO CURTOLO BARBEIRO
PACIENTE : EWERTON EBLIN PERIN reu preso
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00006433120124036106 2 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DESPACHO

1. Intime-se o causídico JOSÉ ROBERTO CURTOLO BARBEIRO (OAB/SP nº 204.309), advogado responsável pela defesa do paciente nos autos da ação penal nº 0000643-31.2012.4.03.6106 em curso na 2ª Vara de São José do Rio Preto/SP, para apresentar os fundamentos do pedido deste *habeas corpus* ou manifestar-se sobre a impossibilidade de fazê-lo, no prazo de 10 (dez) dias.

2. Em seguida, solicitem-se as informações, a serem prestadas pela d. autoridade dita coatora em até 10 (dez) dias. Providencie-se.

3. Após, conclusos.

São Paulo, 26 de dezembro de 2012.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00031 HABEAS CORPUS Nº 0035670-60.2012.4.03.0000/MS

2012.03.00.035670-0/MS

RELATORA : Juíza Convocada TÂNIA MARANGONI
IMPETRANTE : Defensoria Pública da União
PACIENTE : ELIVANDRO BATISTA FERREIRA reu preso
ADVOGADO : LEONARDO DE CASTRO TRINDADE (Int.Pessoal)
 : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Int.Pessoal)
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE > 1ªSSJ > MS
No. ORIG. : 00111273520124036000 5 Vr CAMPO GRANDE/MS

DECISÃO

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrada pela Defensoria Pública da União, em favor de ELIVANDRO BATISTA FERREIRA, preso, sob o argumento de que o paciente está submetido a constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz Federal da 5ª Vara de Campo Grande/MS - Execuções Penais Federais.

Informa que o paciente, na condição de preso, foi transferido, no dia 20 de setembro de 2012, para o Presídio de Segurança Máxima de Campo Grande/MS, pelo período inicial de 180 (cento e oitenta) dias.

Aduz que o motivo da presente impetração foi a determinação da prorrogação da permanência do paciente no sistema penitenciário federal.

Defende o cabimento da presente ordem, ressaltando a maior rigidez do sistema penitenciário federal e a desnecessidade de dilação probatória na matéria alegada.

Afirma que o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente se materializa na alegada ausência de fundamentação da decisão impugnada, e no desrespeito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, uma vez que a decisão teria sido exarada sem a manifestação da defesa.

Discorre sobre a inaplicabilidade da decisão exarada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Conflito de Competência 118.834-RJ.

Pede liminar para determinar o retorno do paciente ao estado de origem e, no mérito, pede a concessão da ordem, tornando definitiva a liminar concedida.

Juntou os documentos de fls. 16/30.

É o breve relatório.

Não há, nos autos, elementos que permitam a concessão da liminar.

Inicialmente, verifico que a competência para decidir sobre a renovação da permanência no sistema penitenciário Federal é do Juízo Estadual, como já decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 118.834-RJ, *in verbis*:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO. PRIMEIRA RENOVAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. LEI Nº 11.671/2008. DURAÇÃO DO PROCESSO DE RENOVAÇÃO DA PERMANÊNCIA. RETROATIVIDADE DO TERMO INICIAL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE EXECUÇÃO PENAL. EXCEÇÃO. CONFLITO TÉCNICAMENTE INEXISTENTE. JUSTIFICATIVAS DO JUÍZO FEDERAL. EXCESSO. JUÍZO MERAMENTE CIRCUNSTANCIAL DESTA CORTE. INTERMEDIÇÃO DA SOLUÇÃO. CONFLITO CONHECIDO. RENOVAÇÃO AUTORIZADA. AÇÃO DE TRANSFERÊNCIA PREJUDICADA.

I - A inclusão do preso em estabelecimento prisional federal deve estender-se pelo prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, e a renovação somente ocorrerá excepcionalmente.

II - Admite-se a retroatividade do termo inicial do prazo ao dia seguinte ao término do prazo anterior, aplicável tanto no caso de aceitação da renovação pelo magistrado federal, quanto, no caso de renovação da permanência decidida por meio de conflito de competência, até seu julgamento.

III - A alteração do regime de execução penal estabelecido pela Lei nº 11.671/2008, permitindo a transferência e inclusão de preso oriundo de outro sistema penitenciário para o sistema penitenciário federal de segurança máxima constitui exceção e está inspirada em fatos e fundamentos a serem necessariamente considerados por ocasião do pedido e da admissão correspondente.

IV - Não cabe ao Juízo Federal exercer qualquer juízo de valor sobre a gravidade ou não das razões do solicitante, mormente, como no caso, quando se trata de preso provisório sem condenação, situação em que, de resto, a lei encarrega o juízo solicitante de dirigir o controle da prisão, fazendo-o por carta precatória.(...)

VII - Conflito de competência conhecido nos limites expostos para autorizar a renovação da permanência do preso provisório (...)" (CC 118.834/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 01/12/2011)"

Cumpre, ainda, ressaltar os seguintes fundamentos utilizados pelo Eminent Relator no referido Conflito de Competência, *in verbis*:

"Em outras palavras, cabe ao juízo solicitante justificar adequadamente, com razões objetivas, a postulação, assim como compete ao Juízo demandado aceitar, sem discutir as razões daquele que é o único habilitado a

declarar a necessidade da transferência, salvo se existirem razões objetivas para tanto. Aliás, se disso discordar o réu ou acusado caberá recurso ao Tribunal ao qual está sujeito o juízo solicitante até que se decida se o pedido de transferência tem ou não fundamento.

Daí resulta que não cabe ao Juízo Federal exercer qualquer juízo de valor sobre a gravidade ou não das razões do solicitante, mormente, como no caso, quando se trata de preso provisório, sem condenação, situação em que, de resto, a lei encarrega o juízo solicitante de dirigir o controle da prisão, fazendo-o por carta precatória.

O Juízo Federal só pode justificar a recusa se evidenciadas condições desfavoráveis ou inviáveis da unidade prisional, tais como lotação ou incapacidade de receber novos presos ou apenados. Fora daí, a recusa não é razoável nem tem apoio na lei. De outra parte, se se afirma a falta dessas condições, não poderá o Juízo solicitante estadual ou federal, nem lhe cabe, questioná-las."

Não há, pois, que se falar em deficiência da fundamentação da decisão do Juízo Federal, que acolheu a solicitação do Juízo Estadual e determinou a prorrogação da transferência, uma vez que se encontra em plena conformidade com o entendimento exarado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, adotado por esta Relatora, e em perfeita consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Outrossim, em consonância com o entendimento já explicitado, não caberia a esta Egrégia Corte Regional o reexame da decisão exarada pelo Juízo de Direito Solicitante, que deverá ser impugnada perante o Tribunal de Justiça competente.

E ainda que se adote o entendimento de que os fundamentos do Juízo solicitante da transferência poderiam ser analisados por esta Corte Regional, a concessão da liminar não se justificaria, uma vez que a prova pré-constituída acostada aos autos não se mostra suficiente para uma apreciação mais detalhada do caso concreto, sendo certo que a decisão impugnada cita claramente em quais documentos fundamentou-se a prorrogação da inclusão do paciente no sistema penitenciário federal, *verbis*:

"Nos autos da transferência nº 0011494-59.2012.403.6000, verifiquei que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Roraima/RR manifestou-se pela permanência do interno no sistema penitenciário federal (fls. 08/09), acostando documentos para embasar seu pedido (fls. 04/56). O Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Roraima também encaminhou pedido de renovação do prazo de permanência do interno no PFCG (fls. 128/139)" (fls. 26).

Tampouco há elementos que permitam afirmar a exclusão da Defesa, no âmbito da Justiça Estadual, quando do requerimento da prorrogação da inclusão no sistema penitenciário federal, motivo pelo não exsurge do conjunto probatório o alegado constrangimento ilegal.

E sobre a necessidade de instrução da ordem de *habeas corpus* com prova pré-constituída, transcrevo as seguintes decisões jurisprudenciais:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ENCAMINHAMENTO DE DOCUMENTOS PARA A POLÍCIA FEDERAL E A OAB/SP. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO WRIT. NÃO-CONHECIMENTO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. EXCEPCIONALIDADE. EVIDÊNCIA DE INOCÊNCIA, ATIPICIDADE OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM NÃO-CONHECIDA. 1. O habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas que permitem sua análise, uma vez que não se admite dilação probatória. 2. Conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente se admite o trancamento de inquérito policial ou da ação penal, por falta de justa causa, quando desponta, evidentemente, a inocência do indiciado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. 3. Ordem não-conhecida. (HC 200901831619, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:29/03/2010.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. OMISSÃO.PRESCRIÇÃO. PROVA PRÉ - CONSTITUÍDA .INEXISTÊNCIA I - Em que pese a prescrição ser matéria de ordem pública, não é possível analisá-la no âmbito do presente writ, pois os autos não se encontram suficientemente instruídos. II - Como é cediço, o habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, o que não ocorreu. III - Embargos acolhidos, mantendo-se inalterado o julgado. (HC 00076899020114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2011 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Processe-se, pois, sem liminar.

Requisitem-se as informações e dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Após, conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 17 de dezembro de 2012.

TÂNIA MARANGONI
Juíza Federal Convocada

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 19997/2012

00001 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0005469-83.2010.4.03.6102/SP

2010.61.02.005469-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : YEDA MACHADO FIGUEIREDO e outros
ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO PATRÃO SERRA
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
EXCLUIDO : ANTONIO CARLOS JESUS DE FIGUEIREDO - ESPOLIO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 5 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
No. ORIG. : 00054698320104036102 5 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DESPACHO

1. A parte autora requer devolução de prazo recursal para impugnar o acórdão de fls. 496/501, que deu provimento ao reexame necessário para pronunciar a prescrição dos recolhimentos anteriores a 08.06.05 e negou provimento à sua apelação, mantendo-se a improcedência do pedido relativo ao Funrural. Alega que a publicação foi realizada em nome de "Juliana Dias da Silva e outro", mas deveria ter sido feita em nome de José Eduardo Patrão Serra, conforme requerido na petição inicial (fls. 511/513).

A União não concorda com a devolução do prazo recursal, tendo em vista que a publicação do acórdão foi efetivada em nome da subscritora da apelação que, inclusive, praticou todos os atos no curso do processo (fls. 530/530v.).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do pedido, ante a ausência de nulidade (fls. 533/534).

2. Defiro a devolução de prazo recursal para a parte autora impugnar o acórdão de fls. 496/501, haja vista que houve pedido expresso para que as intimações fossem "efetuadas única e exclusivamente em nome" do subscritor da petição inicial (fl. 2), o que não foi observado em relação à intimação do citado julgado, integralmente, desfavorável aos recorrentes (fl. 526). Torno sem feito a certidão de trânsito em julgado de fl. 505.

3. Anote-se o nome do Dr. José Eduardo Patrão Serra como advogado dos apelantes.

4. Publique-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00002 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0009656-19.2010.4.03.6108/SP

2010.61.08.009656-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
EMBARGANTE : SPSP SISTEMA DE PRESTACAO DE SERVICOS PADRONIZADOS LTDA
ADVOGADO : CARLOS EDUARDO SPAGNOL e outro
EMBARGADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : CRISTIANE DE BARROS SANTOS e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE BAURU - 8ª SSJ - SP
No. ORIG. : 00096561920104036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela SPSP - Sistema de Prestação de Serviços Padronizados Ltda. contra a decisão de fls. 767/771, que, de ofício, rejeitou a preliminar arguida pela União, julgou a impetrante carecedora da ação quanto à pretensão de afastar a exigibilidade da contribuição do art. 22, IV, da Lei n. 8.212/91, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil e, em relação às demais pretensões, negou provimento à apelação da impetrante e deu parcial provimento à apelação da União e ao reexame necessário, tão somente para que a compensação obedeça aos critérios explicitados; tudo com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de reexame necessário e de apelações interpostas pela União e por Baldan Implementos Agrícolas S/A contra a sentença de fls. 619/628, que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança para "ordenar a não-inclusão, na base de cálculo das contribuições destinadas à Seguridade Social, previstas no art. 22 da Lei n. 8.212/91, e das contribuições devidas a outras entidades e fundos, do valor das verbas relativas às rubricas auxílio-doença, terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado e para, em sendo constatados indébitos relativos a tais rubricas (auxílio-doença, terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado), reconhecer a sua compensação com os valores relativos às Contribuições Previdenciárias destinadas à Seguridade Social e a outras entidades e fundos, recolhidos a partir de 30/11/2005, exclusivamente segundo a SELIC, a partir de cada recolhimento, esta já a congregar hibridismo de juros com atualização monetária".

A União alega, em síntese, que:

- a) o Delegado da Receita Federal do Brasil em Bauru é parte ilegítima visto que o estabelecimento matriz da impetrante mudou seu domicílio para a cidade de São Paulo;*
- b) as verbas questionadas têm natureza salarial, devendo integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária devida pela impetrante;*
- c) somente é possível a compensação de contribuições previdenciárias com contribuições dessa mesma espécie (fls. 647/666).*

Sistema de Prestação de Serviços Padronizados - SPSP alega, em síntese, que:

- a) o salário-maternidade têm natureza indenizatória;*
- b) é inconstitucional a contribuição prevista no art. 22, IV, da Lei n. 8.212/91, relativa a 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço prestado por Cooperativa Médica;*
- c) é inconstitucional a disposição do art. 170-A do Código Tributário Nacional, que veda a compensação tributária antes do trânsito em julgado da decisão que a reconheça;*
- d) deve ser aplicado o prazo prescricional decenal (tese dos cinco mais cinco) (fls. 668/710).*

Contrarrazões às fls. 718/746 e 749.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (fls. 757/765).

Decido.

Preliminar. Ilegitimidade. Inocorrência. *A União sustenta a ilegitimidade passiva do Delegado da Receita Federal de Bauru, pois a impetrante mudou seu domicílio para São Paulo.*

Não assiste razão à União.

Trata-se de mandado de segurança que visa à declaração de inexigibilidade de contribuições para a Seguridade Social bem como a repetição de indébito tributário a elas concernentes.

Nos termos do art. 87 do Código de Processo Civil, a competência do Juízo é firmada no momento em que a ação é proposta, raciocínio que se aplica à determinação da autoridade coatora.

Ademais, a despeito da alteração do domicílio fiscal da impetrante, a impetração continua a versar sobre a compensação de contribuições que foram recolhidas no domicílio em que se situava ao tempo da impetração, a cargo da respectiva autoridade impetrada.

Cooperativa. Contribuição sobre nota fiscal ou fatura. Ilegitimidade ad causam. *A cooperativa de trabalho não integra a relação jurídico-tributária concernente à contribuição social, seja na condição de contribuinte, seja na condição de responsável. Por essa razão, falta a ela legitimidade ad causam para questionar a contribuição social de 15% sobre nota fiscal ou fatura prevista pelo inciso IV do art. 22 da Lei n. 8.212/91, incluído pela Lei n. 9.876, de 26.11.99 (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 855325/SP, Rel. Min. Humberto Martins, unânime, j. 06.12.07, DJ 14.12.07, p. 387; REsp. n. 821697/SP, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 09.10.07, DJ 05.11.07, p.227).*

Do caso dos autos. *A impetrante pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei n. 8.212/91. Porém, consoante o entendimento jurisprudencial acima exposto, não detém legitimidade para questionar a aludida cobrança.*

Afastamento. Doença. Acidente. Primeiros 15 (quinze) dias. Não incidência. *Nos termos do art. 59 da Lei n. 8.213/91, "o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos". Esse benefício é devido no caso de doença, profissional ou não, ou de acidente de trabalho (Lei n. 8.213/91, art. 61), de modo que "durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do*

afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral" (Lei n. 8.213/91, art. 60, § 3º). Como se percebe, os valores recebidos pelo empregado durante o período em que fica afastado da atividade laboral em razão de doença ou de acidente têm natureza previdenciária e não salarial, pois visam compensá-lo pelo período em que ele não pode trabalhar, não tendo a finalidade de remunerá-lo pelos serviços prestados. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp. n. 1.217.686, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07.12.10; EREsp. n. 1.098.102, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.11.09) e a deste Tribunal (AMS n. 2008.61.03.000673-9, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 17.01.11; AI n. 2010.03.00.027441-3, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 07.12.10) são no sentido de que, efetivamente, não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos nos primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do empregado doente ou acidentado.

Adicional de férias. Não incidência. O STF firmou entendimento no sentido de que "somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária" (STF, AgReg em Ag n. 727.958-7, Rel. Min. Eros Grau, j. 16.12.08), não incidindo no adicional de férias (STF, AgReg em Ag n. 712.880-6, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.05.09). O Superior Tribunal de Justiça (STJ, EREsp n. 956.289, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.10.09) e a 5ª Turma do TRF da 3ª Região (TRF da 3ª Região, AC n. 0000687-31.2009.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 02.08.10) passaram a adotar o entendimento do STF, no sentido de que não incide contribuição social sobre o terço constitucional de férias.

Aviso prévio indenizado. Não incidência. O aviso prévio indenizado tem natureza indenizatória, uma vez que visa reparar o dano causado ao trabalhador que não foi alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada por lei, bem como não pôde usufruir da redução de jornada a que fazia jus (CLT, arts. 487 e 488). A circunstância da Lei n. 9.528/97 e do Decreto n. 6.727/09 terem alterado, respectivamente, as redações da alínea e do § 9º da Lei n. 8.212/91 e da alínea f do § 9º do art. 214 do Decreto n. 3.048/99, as quais excluíam o aviso prévio indenizado do salário-de-contribuição, não oblitera a natureza indenizatória de referida verba, na medida em que a definição da base de cálculo precede à análise do rol de exceção de incidência da contribuição previdenciária (STJ, REsp n. 1.198.964, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.10; TRF da 3ª Região, AI n. 2010.03.00.021064-2, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, j. 05.10.10; AI n. 2010.03.00.019086-2, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 21.09.10; AMS n. 2009.61.00.011260-8, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 27.07.10; AMS n. 2009.61.00.002725-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 24.05.10; AI n. 2009.03.00.009392-1, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 20.05.10).

Salário-maternidade. Exigibilidade. Segundo o § 2º do art. 28 da Lei n. 8.212/91, o salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição. Por sua vez, a alínea a do § 9º do mesmo dispositivo estabelece que não integram o salário-de-contribuição "os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade" (grifei). Portanto, o salário-maternidade ou a licença-gestante paga pelo empregador ao segurado sujeita-se à incidência da contribuição previdenciária. Para afastar a exação, cumpre afastar o dispositivo legal que, na medida em que define o âmbito de incidência do tributo em conformidade com o art. 195, I, a, da Constituição da República, não padece de nenhum vício (STJ, REsp n. 486.697, Rel. Min. Denise Arruda, j. 07.12.04; REsp n. 641.227, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26.10.04; REsp n. 572.626, Rel. Min. José Delgado, j. 03.08.04; AGREsp n. 762.172, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.10.05). Dado porém tratar-se de benefício previdenciário, pode o empregador reaver o respectivo pagamento do INSS. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a limitação dos benefícios previdenciários a R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), instituída pelo art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98 não seria aplicável à licença-maternidade, garantida pelo art. 7º, XVIII, da Constituição da República (STF, ADI n. 1.946-5, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03.04.03), o qual ademais tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, anterior à Lei n. 8.212/91, de modo a permitir a compensação pelo empregador com contribuições sociais vincendas (TRF da 3ª Região, AC n. 93.03.070119-4, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 28.05.07).

Prescrição. Repetição de indébito ou compensação. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Prazo quinquenal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-B). Aplicabilidade. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 09.06.05:

(...)

Do caso dos autos. O presente *mandamus* foi impetrado em 30.11.10, após a vigência da LC n. 118/05, aplicando-se, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo quinquenal.

Restam assim prescritas as contribuições recolhidas em data anterior a 30.11.05, nos termos já decididos pela sentença.

Compensação. Critérios. Com relação aos critérios a serem observados para a compensação, após melhor

analisar o tema, reputo adequados os que passo a expor.

Encargo financeiro. Desnecessidade. Não é necessário haver prova de que o sujeito passivo tenha suportado o encargo financeiro da exação (CTN, art. 166; Lei n. 8.212/91, art. 89, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 9.129/95), dado que essa exigência é dispensável quanto às contribuições (STJ, 1ª Seção, EREsp n. 187.481-RS, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 22.09.04, DJ 03.11.04, p. 122; 1ª Turma, REsp n. 529.733-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, unânime, j. 23.03.04, j. 23.03.04, DJ 03.05.04, p. 108).

Requerimento administrativo prévio. Desnecessidade. Não é necessário prévio requerimento administrativo, pois essa exigência, instituída pelo art. 74 da Lei n. 9.430/96, foi dispensada pela Lei n. 10.637/02, que incluiu o § 1º àquele dispositivo, segundo o qual "será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados".

Contribuições da mesma espécie. Exigibilidade. Somente podem ser compensadas exações da mesma espécie (Lei n. 8.383/91, art. 66, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 9.069/95). Logo, as contribuições incidentes sobre a remuneração de empresários, administradores, autônomos e avulsos somente podem ser compensadas com as contribuições a cargo do empregador sobre a folha de salários (STJ, 1ª Seção, AgRgEREsp n. 838.136-SP, Rel. Min. Castro Meira, unânime, j. 23.04.08, DJ 12.05.08, p. 1; EEREsp n. 638.368-BA, Rel. Min. Herman Benjamin, unânime, j. 10.10.06, DJ 06.09.07, p. 231) e a contribuição destinada ao INCRA, por ser de intervenção no domínio econômico, não é compensável com as contribuições devidas à Seguridade Social (STJ, 1ª Seção, EREsp n. 677.333-PR, Rel. Min. Denise Arruda, unânime, j. 24.10.07, DJ 26.11.07, p. 112; AgRgEREsp n. 883.059-PR, Rel. Min. Humberto Martins, unânime, j. 12.09.07, DJ 01.10.07, p. 208).

Contribuições vencidas ou vincendas. Admissibilidade. O art. 170, caput, do Código Tributário Nacional permite "a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública". Assim, não entrevejo razões suficientes para obviar a eficácia desse dispositivo que permite a compensação entre contribuições vencidas ou vincendas.

Limitações legais. Incidência. A lei pode estipular condições para a compensação (CTN, art. 170). Não é do recolhimento indevido que exsurge o direito à compensação, mas sim da satisfação das condições legais, dentre as quais se inclui o recolhimento indevido (LICC, art. 6º, § 2º). Por essa razão, a observância das limitações legais não implica retroatividade ilegítima (CR, art. 5º, XXXVI). Assim, incidem as limitações legais vigentes ao tempo em que se realiza a extinção do crédito devido: a compensação não poderá ser superior a 25% (vinte e cinco por cento) do valor a ser recolhido quando realizada sob a vigência da Lei n. 9.032, de 28.04.95, e não superior a 30% (trinta por cento) quando na vigência da Lei n. 9.129, de 20.11.95, até a edição da Lei n. 11.941/09, que revogou o art. 89, § 3º, da Lei n. 8.212/91.

Correção monetária. Mesmos critérios para cobrança. Embora tenha anteriormente manifestado o entendimento de que deveriam ser observados os índices oficiais de atualização monetária, sem os expurgos inflacionários e substituída a TR pelo INPC, reformulo parcialmente esse entendimento. Em primeiro lugar, os índices oficiais de atualização monetária confundem-se com os critérios utilizados para a cobrança da própria contribuição, os quais devem ser observados por força da Lei n. 8.212/91, art. 89, § 6º, com a redação dada pela Lei n. 9.129, de 20.11.95, até a edição da Lei n. 11.941/09, que revogou esse dispositivo. No que se refere aos expurgos inflacionários, não vejo razões para alterar o entendimento anterior: o dispositivo legal então vigente é expresso em determinar os índices oficiais e não consta que tenha sido declarada sua inconstitucionalidade por tribunal superior. Particularmente quanto à TRD, é sabido que a Taxa Referencial instituída pelo art. 1º da Lei n. 8.177/91 não tem natureza de atualização monetária, mas de juros (ADI n. 493-DF). Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser admissível sua incidência sobre os créditos tributários exatamente a título de juros moratórios, com fundamento no art. 9º da Lei n. 8.177/91 com a redação dada pela Lei n. 8.218/91 (STJ, 1ª Turma, AGA n. 730.338-RS, Rel. Min. José Delgado, unânime, j. 18.04.06, DJ 22.05.06, p. 154; 1ª Turma, AGA n. 660.981-RS, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 16.02.06, DJ 13.03.06, p. 199). Ora, assentada a legitimidade da TRD para a cobrança de tributos e contribuições, segue-se também a legitimidade de sua incidência quando da restituição ou da compensação, por força do art. 167 do Código Tributário Nacional. Portanto, a circunstância de não ser índice de atualização monetária não implica a impossibilidade de sua incidência, a exemplo do que sucede com a taxa Selic, que igualmente tem natureza jurídica de juros e, não obstante, sua aplicabilidade na compensação é admitida pela Súmula n. 14, de 19.04.02, da Advocacia-Geral da União.

Juros moratórios pela Selic. A partir de 01.01.96 incidem juros pela taxa Selic da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação e à razão de 1% a.m. (um por cento ao mês) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada (Lei n. 9.250/95, art. 39, § 4º; Súmula n. 14, de 19.04.02, da Advocacia-Geral da União). A existência de súmula administrativa quanto à incidência da Selic, que indisputavelmente tem natureza jurídica de juros moratórios (Lei n. 8.981, de 20.01.95, art. 84, I, c. c. o art. 13 da Lei n. 9.065, de 20.06.95), aconselha rever o anterior entendimento, segundo o qual incidiriam juros moratórios a partir da citação (CPC, art. 219): dado ser possível, nos termos da lei tributária específica, incidir juros moratórios desde o indébito, não se justifica punir o sujeito passivo postergando a incidência desses juros (independentemente da taxa) a partir da citação. Não somente quanto ao termo inicial, mas também quanto à taxa há previsão específica. Portanto, não

são aplicáveis as regras gerais tributárias de caráter subsidiário (CTN, arts. 161, § 1º, § 1º e 170, parágrafo único), menos ainda as que concernem ao direito privado (CC de 1916, art. 1.062), malgrado a mais recente implique a incidência da própria Selic (NCC, art. 406). A legislação referida não autoriza a incidência de outros juros (moratórios, remuneratórios, compensatórios), de sorte que são eles impertinentes (CTN, 170). Para que não haja bis in idem, pois a taxa Selic reflete juros e depreciação da moeda, a incidência desta impede qualquer outro acréscimo, notadamente atualização monetária.

Trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito. Exigibilidade. O art. 170-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar n. 104, de 10.01.01, subordina a compensação ao trânsito em julgado da decisão judicial que reconhece o respectivo direito. No mesmo sentido, a Súmula n. 212 do Superior Tribunal de Justiça impede a concessão de liminar cautelar ou antecipatória para a compensação de crédito tributário: "A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória".

Do caso dos autos. Consoante entendimentos jurisprudenciais acima expostos, as contribuições para a Seguridade Social não incidem sobre os valores pagos a título de adicional de férias de 1/3 (um terço), aviso prévio indenizado e pelo afastamento do empregado nos primeiros quinze dias em razão de doença ou acidente; sendo, porém, devida a cobrança em relação ao salário maternidade.

Em relação aos critérios de compensação, merece acolhida o pleito da União para se determinar que o procedimento seja realizado com contribuições da mesma espécie.

Ante o exposto, de ofício, **REJEITO** a preliminar arguida pela União, **JULGO** a impetrante **CARECEDORA DA AÇÃO** quanto à pretensão de afastar a exigibilidade da contribuição do art. 22, IV, da Lei n. 8.212/91, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil e, em relação às demais pretensões, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da impetrante e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação da União e ao reexame necessário, tão somente para que a compensação obedeça aos critérios acima explicitados; tudo com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários advocatícios (STF, Súmula n. 512). Custas na forma da lei.

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

Publique-se. Intimem-se.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) a decisão embargada foi omissa, porquanto equiparou erroneamente a impetrante à cooperativa de trabalho;
- b) houve obscuridade a respeito da aplicação ou não das limitações de 25% e 30% na compensação, previstas em dispositivos legais já revogados e mencionados na decisão (fls. 772/778).

Decido.

Contribuição social. Empresa. 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura. Serviços prestados por intermédio de cooperativa. O art. 195, I, a, da Constituição da República permite a incidência de contribuição social sobre valores pagos ou creditados em virtude do trabalho prestado, seja qual for o título ou a denominação que se emprestar à remuneração ou a relação jurídica que se estabeleça entre o tomador e o prestador desses serviços:

"Art. 195. A seguridade social será financiada (...) das seguintes contribuições:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (...)." (itálicos meus)

Não é necessário que o pagamento seja realizado por meio de folha respectiva, bastando que seja feito em consequência ao labor do segurado da Previdência Social. No que se refere ao trabalho prestado por intermédio de cooperativa, o pagamento é feito contra nota fiscal ou fatura, sobre os quais pode incidir a aludida contribuição. Com base na norma constitucional, a Lei n. 9.876, de 26.11.99, acrescentou o inciso IV ao art. 22 da Lei n. 8.212/91, com a seguinte redação:

"Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23 é de: (...)

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho."

O segurado que presta serviços por intermédio de cooperativa certamente fará jus a benefício previdenciário, cumprindo prover o respectivo financiamento pela incidência da contribuição sobre a remuneração por ele percebida. Essa contribuição cabe à empresa ou à entidade a ela equiparada, não se justificando sua exclusão pela especiosa objeção de que "nota fiscal" ou "fatura" não correspondem ao conceito de "folha de salários", o qual foi largamente ampliado pela norma constitucional.

Ademais, o sujeito passivo faz jus à discriminação do valor exato relativo aos serviços prestados, pois o inciso III do art. 201 do Decreto n. 3.048/99 determina a aplicação do § 7º do art. 219, que permite a exclusão dos pagamentos feitos a título de material ou equipamentos:

"§ 7º. Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos,

fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado."

Dito em outros termos, não há incidência da contribuição sobre os pagamentos relativos a material ou equipamentos fornecidos para a execução do trabalho, salvo assim voluntariamente tolerado pelo sujeito passivo. Mas sua tolerância não justifica excluir a contribuição sobre a remuneração paga pela própria prestação de serviços, cuja incidência é indisputável.

No que diz respeito à impossibilidade de cobrança das contribuições em comento por inexistência de relação jurídica entre tomadora de serviços e cooperado, o princípio da isonomia em matéria tributária veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (CR, art. 150, II), de modo que não proíbe o tratamento diferenciado de contribuintes com características singulares, como aqueles que prestam serviços por intermédio de cooperativa, cuja sujeição a um regime tributário específico não contraria o § 2º do art. 174, nem o art. 150, § 7º, todos da Constituição da República, pois não se deve confundir estímulo ao cooperativismo com pretensa imunidade tributária.

O fato de a contribuição em tela ter sido criada por lei ordinária não significa ofensa ao art. 146, III, c, da Constituição da República, na medida em que a Lei n. 9.876/99 tem seu fundamento de validade no art. 195 da Constituição da República, o qual, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, dispensa a edição de lei complementar para instituição de contribuição destinada ao custeio da Seguridade Social.

Por fim, o Judiciário tem por função típica a aplicação da lei. Ao Supremo Tribunal Federal, especificamente, cabe a interpretação da validade das normas à luz do ordenamento jurídico vigente na data de sua edição. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei, com o conseqüente afastamento do tributo por ela exigido, não impede o posterior ingresso da exação, desde que isso ocorra em conformidade com a ordem constitucional então vigente. Por outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade de leis não pode impedir o subseqüente exercício do poder constituinte, para autorizar a cobrança de tributo anteriormente declarado inconstitucional, sob pena de usurpação, pelo Judiciário, de função típica do Poder Legislativo.

Do caso dos autos. Assiste parcial razão à embargante.

Com efeito, em equiparando a empresa impetrante à cooperativa de trabalho, a decisão embargada pronunciou dispositivo a extinguir o processo sem resolução de mérito, por considerar a embargante carecedora do direito de ação quanto à exigibilidade da contribuição prevista no art. 22, IV, da Lei n. 8.212/91.

Todavia, depreende-se que, em verdade, a impetrante é uma empresa tomadora de serviços prestados por cooperativas e, destarte, está sujeita ao recolhimento da contribuição previdenciária de 15% (quinze por cento) sobre a quantia descrita na Nota Fiscal/Fatura, conforme demonstram os documentos carreados a fls. 44/51.

Assim, de acordo com a fundamentação acima lançada, no que se refere ao trabalho prestado por intermédio da cooperativa, cujo pagamento é feito contra nota fiscal ou fatura, o entendimento é no sentido de incidência da aludida contribuição.

No que tange aos critérios de compensação, não se verifica nenhuma obscuridade, uma vez que a decisão embargada é clara ao definir que incidem as limitações legais vigentes ao tempo em que se realiza a extinção do crédito devido: a compensação não poderá ser superior a 25% (vinte e cinco por cento) do valor a ser recolhido quando realizada sob a vigência da Lei n. 9.032, de 28.04.95, e não superior a 30% (trinta por cento) quando na vigência da Lei n. 9.129, de 20.11.95, até a edição da Lei n. 11.941/09, que revogou o art. 89, § 3o, da Lei n. 8.212/91.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos embargos de declaração para sanar a omissão nos termos acima explicitados, para que conste da decisão embargada o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, de ofício, rejeito a preliminar arguida pela União, nego provimento à apelação da impetrante e dou parcial provimento à apelação da União e ao reexame necessário, tão somente para que a compensação obedeça aos critérios explicitados; tudo com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 14 de setembro de 2012.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00003 CAUTELAR INOMINADA Nº 0034900-67.2012.4.03.0000/SP

2012.03.00.034900-8/SP

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 04/01/2013 49/214

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE : Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA
ADVOGADO : MURILO ALBERTINI BORBA e outro
: PAULO SÉRGIO MIGUEZ URBANO
REQUERIDO : USINA ACUCAREIRA ESTER S/A e outro
: JOAO ABDALLA FILHO
No. ORIG. : 00079121520124036109 3 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO

Trata-se de medida cautelar proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA contra Usina Açucareira Ester S. A. e João Abdalla Filho, incidentalmente à Ação Declaratória n. 0007912-15.2012.403.6109, ainda em primeiro grau, conexa à Ação de Reintegração de Posse n. 0000002-44.2006.403.6109, com pedido liminar "a fim de que seja concedida medida cautelar *inaudita altera parte* para que o requerente seja mantido na posse do imóvel até o julgamento final da ação declaratória (cfr. fl. 13v.).

Alega-se o seguinte:

- a) esta medida cautelar é incidental à apelação interposta na Ação Declaratória n. 0007912-15.2012.403.6109, ainda em primeiro grau, a qual é conexa à Reintegração de Posse n. 0000002-44.2006.403.6109, no qual se interpôs o Agravo de Instrumento n. 0101489-85.2005.403.0000, para a qual deve ser distribuída por prevenção, nos termos do art. 15, *caput* e § 1º do Regimento Interno deste Tribunal;
- b) o imóvel litigioso consiste era de propriedade da Fábrica de Tecidos Carioba S. A. e foi incorporado ao patrimônio do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, sucedido atualmente pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, atual proprietário do bem;
- c) tendo em vista o interesse da requerente na aquisição do imóvel para fins de reforma agrária, o INSS cedeu-lhe a posse em caráter emergencial;
- d) ao tentar demarcar a área, o requerente encontrou cultura de cana de açúcar realizada pela Usina Açucareira Ester S. A. que alega ter sua posse em razão de contrato de arrendamento celebrado com o suposto proprietário, João Abdalla Filho;
- e) diante dessa situação, o requerente propôs a Ação de Reintegração de Posse n. 0000002-44.2006.403.6109, distribuída ao Juízo da 2ª Vara Federal de Piracicaba (SP) que deferiu a liminar pleiteada;
- f) irrisignada, a Usina Açucareira Ester S. A. interpôs o Agravo de Instrumento n. 0101489-85.2005.403.0000 que teve o pedido de efeito suspensivo indeferido;
- g) o INCRA foi reintegrado na posse em 23.12.05, tendo garantido o direito à implementação de projeto de assentamento;
- h) em 27.02.12, contudo, foi provido o agravo de instrumento e julgado prejudicado o agravo regimental;
- i) atualmente esse agravo de instrumento aguarda o julgamento dos embargos declaratórios opostos;
- j) a ação de reintegração de posse encontra-se na fase instrutória e, ante o provimento do agravo de instrumento, o Juízo *a quo* determinou desocupação do imóvel no prazo de 30 (trinta) dias, posteriormente prorrogado para 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);
- k) desde que foi reintegrado na posse o requerente passou a dar ao imóvel a destinação relativa à reforma agrária, instalando 66 (sessenta e seis) famílias, concedendo-lhes crédito e implantando infraestrutura;
- l) entre a reintegração de posse (23.12.05) e o julgamento do agravo de instrumento (27.02.12) decorreram mais de 6 (seis) anos, tempo suficiente para que as famílias se fixassem e se estabilizassem;
- m) ante a impossibilidade de devolver o imóvel, ajuizou a Ação Declaratória n. 0007912-15.2012.403.6109, mas o Juízo da 3ª Vara Federal de Piracicaba (SP) extinguiu a ação sem resolução do mérito, ao fundamento de haver litispendência entre o pedido liminar e a ação de reintegração de posse, decidida no Agravo de Instrumento n. 0101489-85.2005.403.0000 e por ser impossível juridicamente o pedido final, uma vez que a providência requerida seria de competência do Executivo;
- n) no entanto, o Juízo *a quo* equivocou-se, pois não há qualquer litispendência, nada impedindo que o INCRA discuta, em razão de fatos posteriores, com outra causa de pedir, a afetação incidente sobre o imóvel;
- o) não há também impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o que se busca é a declaração de sua afetação, "haja vista que o INCRA pode vir a ser desapossado do imóvel, caso essa afetação, já levada a efeito, não seja judicialmente declarada" (fl. 9v.);
- p) demonstrado o *fumus boni iuris*, verifica-se também o *periculum in mora*, consistente na determinação de desocupação proferida pela 2ª Vara Federal de Piracicaba (SP) (fls. 2/14).

Os autos foram distribuídos livremente a Eminente Desembargadora Federal Vesna Kolmar (fl. 427) que, em vista da informação de fls. 428/441, determinou que os autos fossem-me encaminhados para verificação de eventual prevenção (fl. 442).

A prevenção foi reconhecida (fl. 444/444v.), tendo a Eminente Desembargadora Federal Vesna Kolmar determinado a redistribuição (fl. 445).

Decido.

O INCRA intenta esta medida cautelar para que "seja mantido na posse do imóvel até o julgamento final da ação declaratória" (fl. 12), vale dizer, a demanda proposta em primeiro grau cuja petição foi indeferida por sentença contra a qual interpôs apelação da qual esta é medida cautelar incidental.

Aduz haver prevenção da 5ª Turma deste Tribunal, uma vez que julgou agravo de instrumento interposto em ação de reintegração de posse proposta pelo INCRA, fundamentada no título de domínio de área objeto de confisco e depois a ele cedida para fins de Reforma Agrária. Sucede que o imóvel se encontrava ocupado por terceiros, com base em ação de prestação de contas com coisa julgada, da qual resulta a ilegitimidade do confisco. Contudo, foi dado provimento ao agravo de instrumento, após cerca de 6 (seis) anos de ocupação do imóvel pelo INCRA, que ali promoveu assentamento, restando cassada a reintegração do imóvel inicialmente concedida à Autarquia, cumprindo ser a posse do imóvel restituída à parte contrária, em última análise, à Usina Açucareira Ester S/A. É mais ou menos nesse quadro que o INCRA intenta ação declaratória para que seja reconhecida a afetação pública do imóvel, que se resolve em fato posterior e distinto daquele que constitui a causa de pedir da ação de reintegração, não sendo caso de se indeferir a petição inicial.

Não é caso de se deferir o pedido liminar que, a rigor e como acima transcrito, consubstancia tutela possessória. Quaisquer que sejam os novos fundamentos invocados pelo INCRA, a verdade é que pretende ser mantido na posse do imóvel, obliterando o cumprimento da decisão deste Tribunal segundo a qual o bem deveria ser restituído à parte contrária. A alegação de que haveria fatos novos, supervenientes, que não estariam incluídos no âmbito da ação possessória, deve ser recebida com alguma cautela, pois aparentemente o INCRA somente ingressou na posse do imóvel por força de decisão judicial, que é o título jurídico que afastou a posse do particular em favor da do ente público.

Diga-se o mesmo com relação à invocação de "desapropriação indireta", pois esta é construção pretoriana que assegura ao particular uma indenização pela expropriação de seu bem sem o devido processo legal: na hipótese, o INCRA sustenta ser o detentor do domínio e, pelo que se percebe, pretende fazer valer esse direito (pressuposto na afetação), não indenizar o particular pelo bem integrante do seu patrimônio.

Em outros termos, o INCRA intentou ação de reintegração de posse, na qual é controvertida a titularidade do domínio. Concedida liminar, foi reintegrado na posse do imóvel a título precário. Essa decisão foi revogada em segundo grau de jurisdição, sendo razoável a restituição do imóvel à parte contrária. Não obstante, intenta ação de natureza "declaratória" e, malgrado não especifique qual a relação jurídica que pretenda ver declarada existente ou inexistente (cfr. CPC, art. 4º, I), mas apenas "a declaração de afetação do imóvel denominado Sítio Boa Vista onde já implementado o Projeto de Desenvolvimento Sustentável Milton Santos para a finalidade pública de reforma agrária, tanto em razão da utilidade pública quanto do interesse social envolvidos" (fls. 30v./31), pede antecipação da tutela para "DETERMINAR A AFETAÇÃO DO IMÓVEL À REFORMA AGRÁRIA ATÉ DECISÃO FINAL DO PROCESSO" (fl. 30, destaques originais), com a consequência evidente de que "seja mantido na posse do imóvel até o julgamento final da ação declaratória", como postulado nesta cautelar (fl. 13v.). Mas isso, em princípio, resulta em infringir a decisão do Tribunal por via indireta: *a*) o título da posse é objeto de controvérsia na ação possessória; *b*) a posse superveniente decorre de decisão nela proferida; *c*) o provimento que se pede aqui é igualmente possessório (recorde-se o caráter dúplice das possessórias); *d*) não se pretende intentar ação de desapropriação (indireta?), pois "a ação de reintegração não chegou a termo" e, de qualquer modo, "a ação de desapropriação indireta é ação de interesse do particular desapossado" (fl. 11).

O INCRA pede, em caráter liminar, nesta ação cautelar, tutela possessória. Considerando que há juízo possessório no qual houve manifestação desta Corte, penso não estarem presentes os requisitos para a antecipação de tutela aqui postulada, sob pena de infringir o decidido pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido liminar.

Citem-se e intimem-se os requeridos para responderem aos termos da ação, a teor do art. 802 do Código de Processo Civil.

Publique-se. Int.

São Paulo, 13 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0027855-31.2001.4.03.6100/SP

2001.61.00.027855-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
APELANTE : LUIZ PEREIRA e outros
: LUIZ VIRIATO DO NASCIMENTO FILHO
: LUIZ CUSTODIO
: LUIZ FRANCISCO DE AQUINO
: LUIZ MANOEL DOS SANTOS
: LUIZA MARIA DA SILVA
: DANIEL DE MOURA espolio
ADVOGADO : OSVALDO PEREIRA DA SILVA
REPRESENTANTE : MARA BAPTISTA DE MOURA
APELANTE : MARCELO BARBOSA CRUZ
: MANOEL MIGUEL DE SOUZA
: MANOEL SELESTINO TEIXEIRA
ADVOGADO : OSVALDO PEREIRA DA SILVA
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA EDNA GOUVEA PRADO e outro
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO: Cuida-se de Agravo oposto em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. EXPURGOS FGTS. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. ÍNDICES. MULTA DOS ARTIGOS 18 E 24 DA LEI 8.036/90. HONORÁRIOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA.

- 1. Desnecessária a prévia juntada de extratos bancários como condição para ajuizamento de ações como a presente, podendo o titular da conta (o trabalhador, optante por esse regime) colacionar aos autos provas outras, que, possuindo o condão de demonstrar a existência de sua conta vinculada, tais como carteira de trabalho e informações fornecidas pela própria Caixa Econômica Federal - CEF, sejam suficientes para indicar a presença de seu interesse quanto ao resultado pretendido.*
- 2. Subsiste o interesse dos titulares das contas fundiárias em ingressar em juízo objetivando o complemento da correção monetária dos respectivos saldos, mesmo após o advento da LC 110/01, porquanto o aludido ato legislativo condiciona o pagamento na via administrativa à assinatura de termo de adesão, no qual o titular deve concordar com a redução do valor que lhe é devido, além de ter de se submeter à forma e prazo legalmente estabelecidos para o cumprimento da obrigação. Persiste, pois, tal interesse, uma vez que, se for o caso, não terão de se sujeitar a nenhuma cláusula que iniba o pagamento integral de seus créditos.*
- 3. A teor da orientação pretoriana, prescrição, em hipóteses como a concreta, não é quinquenal, senão trintenária (Súmula 210 do Superior Tribunal de Justiça).*
- 4. Está pacificado, por força de reiteradas decisões oriundas tanto do Supremo Tribunal Federal, como do Superior Tribunal de Justiça, assim como desta Corte, que o correntista fundiário tem direito de ver corrigido os valores depositados no FGTS, nos meses de: (i) junho de 1987, pelo índice de 18,02% (LBC); (ii) janeiro de 1989, pelo índice de 42,72% (IPC); (iii) abril de 1990, pelo índice de 44,80% (IPC); (iv) maio de 1990, pelo índice de 5,38% (BTN) e (v) fevereiro de 1991, pelo índice de 7,00% (TR). Nessa senda é o teor da Súmula 252 do Superior Tribunal de Justiça.*
- 5. Outrossim, em consonância com julgado paradigma do Superior Tribunal de Justiça, exarado no REsp nº 1.111.201/PE, firmou-se o entendimento sobre novos índices para correção dos saldos, quais sejam: 10,14% referente a fevereiro/89 (IPC); 9,61% referente a junho/90 (BTN); 10,79% referente a julho/90 (BTN); 13,69% referente a janeiro/91 (IPC) e 8,5% referente a março/91 (TR).*
- 6. Com relação ao índice de 84,32% referente a março/90 (IPC), os precedentes do STJ são no sentido de que são devidos. No entanto, não se deve perder de vista a objeção da CEF de que tal índice já fora creditado (Edital nº 4/90 - DOU de 19.04.90), devendo sua efetiva aplicação ser averiguada em liquidação de sentença.*
- 7. Sobre as parcelas em atraso que se reconhecem como devidas há de incidir correção monetária desde a data em que deveriam ter sido pagas até a data do efetivo pagamento, tudo calculado da seguinte forma: (i) até a data do saque da conta vinculada, calcula-se a correção consoante critérios utilizados pela Caixa Econômica Federal - CEF para os depósitos da espécie (ou seja, para os autores que não tiverem levantado o saldo de sua conta*

vinculada de FGTS, a correção monetária deve ser calculada de acordo com as regras do próprio Fundo); (ii) a partir de então, a correção monetária é devida até o efetivo pagamento e na conformidade dos atos normativos editados pela Corregedoria da Justiça Federal da 3ª Região, que traduzem a jurisprudência consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte Regional (ou seja, para os autores que já tiverem levantado o saldo, o critério a ser utilizado para fins de atualização monetária do montante devido é o previsto no capítulo V do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pelo Provimento nº 26/2001).

8. Os juros de mora, calculados a partir da citação (art. 219 do CPC), devem incidir, até a entrada em vigor do novo Código Civil, no percentual de 0,5% ao mês, e, após, à taxa legal prevista no art. 406 do referido diploma, a qual, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei nº 9.065/95, 84 da Lei nº 8.981/95, 39, § 4º, da nº Lei 9.250/95, 61, § 3º, da nº Lei 9.430/96 e 30 da Lei nº 10.522/02).

9. É preciso ajustar as conclusões sacadas a partir da orientação pretoriana às exatas dimensões da lide, evitando-se, assim, julgamento extra/ultra petita, assim como o indevido agravamento do resultado para a(s) parte(s) apelante(s). Devem ser mantidos, por isso, os índices de expurgos concedidos na sentença, quais sejam: 42,72% (IPC) referente a janeiro/89, e 84,32% (IPC) referente a março/90. Às parcelas em atraso devidas pela ré, deverão ser aplicados correção monetária e juros de mora nos termos em que já fundamentados.

10. Não é possível responsabilizar a CEF ou o agente arrecadador por não terem creditado os índices expurgados da inflação, no que diz respeito aos artigos 18 e 24 da Lei 8.036/90. A ré ou o agente arrecadador atuaram, à época, ex vi legis, em conformidade com o regramento legal então vigente, que determinava a forma como deveriam ser corrigidos os valores depositados nas contas fundiárias.

11. O plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2736, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para declarar inconstitucional a Medida Provisória (MP) 2164. Com tal decisão, os honorários advocatícios em ações como a que ora se analisa podem ser cobrados. Dito isso, é o caso de manter a distribuição da sucumbência em regime de reciprocidade, por serem, autores e réu, igualmente vencidos e vencedores.

12. Não há que se falar em litigância de má-fé por parte da CEF: A interposição de recurso no presente caso configurou exercício regular do direito de defesa, de modo que, ante a ausência de demonstração de malícia na prática de tal ato, incabível a indigitada condenação.

13. Acolhida preliminar alegada pela ré e, no mérito, negado provimento ao seu recurso.

14. Recurso dos autores parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido.

A Caixa Econômica Federal - CEF agrava discordando das conclusões do julgado.

É o Relatório.

Decido.

Não conheço do presente agravo.

Inicialmente, cabe consignar que em nosso ordenamento jurídico impera o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade do recurso, de maneira que não é possível a interposição simultânea de mais de um recurso.

Por outro lado, cada decisão é atacável por um único recurso. É o chamado princípio da adequação do recurso, de maneira que quem pretende recorrer de uma decisão judicial deve buscar, no ordenamento vigente, a figura recursal adequada.

No caso dos autos, a CEF pretende atacar o julgado por meio de Agravo Legal, o que não é possível, em razão de falta de previsão legal.

É que em se tratando de processo no Tribunal, utiliza-se o agravo para atacar decisões monocráticas, sendo certo que o recurso de apelação interposto em face da sentença prolatada nos autos foi julgado pela Turma A do Judiciário em dia, não se tratando, portando, de mera decisão monocrática a autorizar o manejo do presente agravo.

Ante o exposto, **nego seguimento ao agravo legal**, nos termos dos arts. 557 do CPC e 33, inciso XIII, do

Regimento Interno desta Corte.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2012.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Convocado

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0536831-20.1998.4.03.6182/SP

2002.03.99.040432-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : H E L PARTICIPACOES S/C LTDA
ADVOGADO : LUIS CARLOS JUSTE
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
INTERESSADO : MACOTEC IND/ MECANICA E COM/ LTDA massa falida
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 98.05.36831-9 3F Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por H.E.L Participações S/C Ltda. contra a decisão de fls. 328/330v., que deu provimento à apelação para julgar procedentes os embargos de terceiro, desconstituindo, assim, a penhora sobre os imóveis penhorados descritos na inicial, afastada a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, tudo com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. O embargado foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Custas na forma da lei. Alega-se, em síntese, que os honorários advocatícios foram fixados em valor irrisório, o que caracterizou erro material, razão pela qual devem ser majorados para percentual não inferior a 10% (dez por cento) (fls. 331/345).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) **REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.**

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito

consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. A decisão embargada deu provimento à apelação e condenou o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação de serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, inexistente complexidade na pretensão deduzida a ensejar conclusão diversa, razão pela qual os honorários advocatícios devem ser mantidos em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à vista do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e dos padrões usualmente aceitos pela jurisprudência.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010872-44.2007.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : ACOS VILLARES S/A
ADVOGADO : CARLOS NEHRING NETTO e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : AUGUSTO MANOEL DELASCIO SALGUEIRO e outro
No. ORIG. : 00108724420074036100 23 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela União contra a decisão de fls. 321/322, que deu provimento aos embargos de declaração para pronunciar a prescrição dos recolhimentos realizados antes de 23 de maio de 2002, com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Alega-se que a decisão recorrida incorreu em omissão ao deixar de apreciar a condenação da parte autora aos encargos de sucumbência, devendo manifestar-se acerca dos arts. 20 e 21, ambos do Código de Processo Civil. Ademais, objetiva o prequestionamento da matéria suscitada (fls. 324/325).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) **REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.**

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá

margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA.

PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. A parte autora pleiteia a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento das exações instituídas pela Lei Complementar n. 110/01 e a condenação da ré à restituição dos valores indevidamente recolhidos (fls. 23/24).

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária, e condenou a União a restituir os valores recolhidos nos meses de outubro a dezembro de 2001 (fls. 204/207).

A decisão recorrida deu provimento aos embargos de declaração para pronunciar a prescrição dos recolhimentos realizados antes de 23 de maio de 2002, com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, alterando apenas o resultado do pedido condenatório. Dessa forma, não há que se falar em encargos da sucumbência.

Não havendo qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, não cabe a oposição destes recursos para a rediscussão da causa, bem como para instar o órgão jurisdicional a pronunciar-se acerca de um ou outro dispositivo específico.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0040993-70.1998.4.03.6100/SP

2001.03.99.047653-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : ELEVADORES REAL S/A
ADVOGADO : GIANE MIRANDA RODRIGUES DA SILVA e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA INES SALZANI M PAGIANOTTO e outro
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 98.00.40993-9 17 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por Elevadores Real S/A contra a decisão de fls. 533/536, que julgou prejudicada a apelação da parte autora e deu provimento à apelação da CEF para reformar a sentença, reconhecer sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação e extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando a autora em honorários de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de apelações interpostas pela Caixa Econômica Federal e por Elevadores Real S/A contra a sentença de fls. 443/448, integrada a fls. 464/465 e 494/495, que julgou procedente o pedido para anular o procedimento administrativo que deu origem à NFDG n. 32.551 desde a intimação da autora para apresentar defesa administrativa, bem como condenou a CEF ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e ao pagamento de multa de 0,9% sobre o valor da causa sob o fundamento do caráter protelatório dos embargos de declaração por ela opostos.

A CEF alega, em síntese, que:

- a) é parte ilegítima para figurar no polo passivo do feito, pois o objeto desta ação é a anulação de débito fiscal do FGTS, cuja competência para autuação é exclusiva do Ministério do Trabalho, nos termos dos arts. 54 e 55, ambos do Decreto n. 99.684, de 08.11.90;*
- b) as leis reguladoras do FGTS sempre determinaram e continuam a obrigar o depósito fundiário por parte dos empregadores, nos termos do art. 2º da Lei n. 5.107/66, do art. 13 da Lei n. 7.839/89 e do art. 15 da Lei n. 8.036/90, não sendo admissível à autora se furtar ao depósito das contribuições ao fundo;*
- c) é incabível a multa de 0,9% sobre o valor da causa, uma vez que a decisão dos embargos de declaração apreciou a matéria impugnada e o recurso foi oposto para sanar a omissão do julgado no que diz respeito à ausência de exequibilidade do julgado diante da incompetência da CEF para alterar o lançamento administrativo da apuração do débito (fls. 504/510).*

Elevadores Real S/A, por sua vez, sustenta que a sentença não apreciou o pedido para que o débito fosse anulado em virtude do pagamento integral da contribuição comprovado pelas guias juntadas aos autos (fls. 470/478).

Contrarrazões da autora a fls. 514/523.

A CEF não apresentou contrarrazões.

Decido.

FGTS. Anulatória. BNH. CEF. Ilegitimidade passiva. *Ao tempo em que vigia o art. 20 da Lei n. 5.107/66, competia à Previdência Social a verificação do recolhimento das contribuições previdenciárias, procedendo, em nome do Banco Nacional de Habitação, ao levantamento dos débitos existentes:*

(...)

Não obstante o dispositivo empregar a expressão "em nome" do Banco Nacional de Habitação, é intuitivo que este não pode figurar no polo passivo da relação jurídica subjacente à exigibilidade da contribuição. Tanto assim, que para a atribuição dessa tarefa aos fiscais da Previdência Social, prescrevia-se um "acordo entre o BNH e o Ministério do Trabalho e a Previdência Social", conforme o § 1º do dispositivo legal, sugerindo-se com isso que a empresa pública não seria, com efeito, a parte da relação jurídica de direito material. Entende-se, quanto a esse ponto, que a CEF não deve figurar no polo passivo das ações anulatórias na condição de sucessora do BNH, pois àquele tempo seria o IAPAS a parte legítima para tais demandas, o qual foi depois sucedido pelo INSS:

(...)

A conclusão de não ser o BNH parte legítima é reforçada pela jurisprudência mais recente que também recusa legitimidade à própria CEF, no contexto da sistemática atual de cobrança das contribuições ao FGTS. Embora possa a empresa pública, mediante convênio, cobrar em Juízo essas contribuições, não é ela titular da relação jurídica de direito material, no que se refere à exigibilidade mesma dessas contribuições:

(...)

Entende-se, na atual sistemática, que é a União (Fazenda Nacional) quem deve figurar no polo passivo das ações anulatórias concernentes ao FGTS:

(...)

Do caso dos autos. *Trata-se de ação ordinária ajuizada por Elevadores Real S/A contra a CEF para anular débitos de contribuições ao FGTS representados pela NFDG n. 32.551 (fls. 2/21).*

Em sua contestação, a CEF arguiu sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo do feito, uma vez que a autuação impugnada é competência exclusiva do Ministério do Trabalho (fls. 349/353).

Após a réplica da autora (fls. 368/377), a MMª Juíza de primeiro grau deferiu o pedido de tutela antecipada. Nessa decisão, deixou consignado que a CEF seria parte legítima para figurar no polo passivo do feito por ser sucessora do BNH (fls. 427/429).

Posteriormente, foi proferida sentença que julgou procedente a demanda sob o fundamento da existência de vícios formais no procedimento administrativo que deu origem ao débito (fls. 443/448).

A autora opôs embargos de declaração para que fosse apreciada a alegação de pagamento da dívida, tendo o recurso sido rejeitado a fls. 464/465.

A CEF opôs embargos de declaração alegando que a sentença é inexecutível, pois não tem competência para modificar a autuação do débito (fls. 481/483). O MM. Juiz a quo julgou improcedente o recurso sob o fundamento da sentença já ter decidido que a matéria relativa à legitimidade passiva estaria preclusa diante da decisão de fls. 427/429. Considerando o recurso manifestamente protelatório, aplicou à CEF multa de 0,9% sobre o valor da causa, nos termos do parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil (fls. 494/495). Entendo que a sentença merece reforma.

Apesar de ter considerado a CEF parte legítima para figurar no polo passivo, a decisão de fls. 427/429 foi proferida em sede liminar, não tendo como efeito o saneamento do processo. Ademais, a legitimidade passiva é matéria de ordem pública, cognoscível a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º), não se sujeitando à preclusão.

Tendo em vista que esta ação pretende anular débito relativo à contribuição ao FGTS, deve ser reconhecida a ilegitimidade da CEF para figurar no polo passivo do feito pois, embora possa a empresa pública cobrar em Juízo essas contribuições, não é ela titular da relação jurídica de direito material concernente à exigibilidade da exação.

Entendo também que deve ser afastada a multa imposta pela oposição dos embargos de declaração de fls. 481/483, uma vez que a sentença não analisou a matéria relativa à ilegitimidade passiva, apenas se reportando à decisão de fls. 427/429.

A reforma da sentença a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva da CEF torna prejudicada a apelação interposta pela autora quanto ao mérito da demanda.

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADA** a apelação da autora e **DOU PROVIMENTO** à apelação da CEF para reformar a sentença, reconhecer sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do feito e extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei.

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

Publique-se. Intimem-se.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) a decisão embargada foi omissa, porquanto não considerou o que estabelecem os arts. 249, 250 e 284 do Código de Processo Civil;
- b) houve ofensa aos princípios da economia e celeridade processual, uma vez que a decisão extinguiu o processo sem aproveitar os atos processuais já praticados (fls. 537/542).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito destinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgrRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE.

IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição

existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO.

DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisor.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA.

PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. O acórdão embargado apresentou os fundamentos que embasaram o provimento ao reexame necessário e à apelação da ré, não sendo caso de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos legais elencados.

Não prospera a alegação do embargante quanto à pretensão pela restituição de valores fora do lapso temporal indicado no acórdão. A parte autora pleiteia a restituição dos recolhimentos efetuados entre 01.05 e 01.10 (fls. 18/21). Conforme consignou o acórdão recorrido, incide, in casu, o prazo prescricional quinquenal, de modo que ocorreu a prescrição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 30.03.05.

O acórdão embargado seguiu o entendimento dominante deste Tribunal, o qual, considerando que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 363.852 não foi analisada a constitucionalidade da contribuição à luz da superveniência da Lei n. 10.256/01, sugere a exigibilidade da contribuição a partir do referido dispositivo legal, na medida em que editado posteriormente à Emenda Constitucional n. 20/98.

Assim, não havendo qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada, não cabe a oposição deste recurso para a rediscussão da causa, bem como para instar o órgão jurisdicional a pronunciar-se acerca de um ou outro dispositivo legal específico.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos de declaração.

É o voto.

Do caso dos autos. Não se entrevê qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, mas apenas o inconformismo da parte com a mesma, não sendo cabível a oposição deste recurso para a rediscussão da causa.

A decisão fundamentou todos os argumentos suscitados nas razões recursais, de modo que o apelo do embargante visa à inovação recursal, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009366-37.2001.4.03.6102/SP

2001.61.02.009366-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : SERMATEC IND/ E MONTAGENS LTDA
ADVOGADO : NOEDY DE CASTRO MELLO
: MAGDIEL JANUARIO DA SILVA
: MICHELE GARCIA KRAMBECK
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Caixa Econômica Federal - CEF e pela União contra a decisão de fls. 166/169v, que deu parcial provimento à apelação para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido cautelar quanto ao período anterior a 1º de janeiro de 2002 e determinando que cada parte arque com os honorários de ser respectivo patrono, com fundamento no art. 269, I, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de apelação interposta por Sermatec Indústria e Montagens Ltda. contra a sentença de fls. 103/113, proferida em ação cautelar, que julgou improcedente o pedido inicial, extinguindo o feito com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, e condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) estão presentes o periculum in mora e o fumus boni iuris, a autorizar a manutenção da liminar concedida;*
- b) as contribuições instituídas pela Lei Complementar n. 110/01 são inconstitucionais;*
- c) a parte autora necessita do Certificado de Regularidade do FGTS e, havendo depositado judicialmente os valores em discussão, tem direito à expedição do documento (fls. 120/128).*

Foram apresentadas contrarrazões pela CEF (fls. 133/142) e pela União (fls. 146/152).

É o relatório.

Decido.

Lei Complementar n. 110/01. Além das contribuições (sociais) destinadas à seguridade social (CR, art. 195, I a III), inclusive aquelas instituídas por lei complementar (CR, art. 195, § 4º, c.c. o art. 154, I), a União pode criar outras três modalidades de contribuições: a) contribuições sociais, (b) de intervenção no domínio econômico e (c) de interesse das categorias profissionais ou econômicas, "como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas", como reza o art. 149, caput, da Constituição da República, bastando que sua criação decorra de lei complementar (CR, art. 146, III), respeitados os princípios da legalidade (CR, art. 150, I), da irretroatividade (CR, art. 150, III, a) e da anterioridade (CR, art. 150, III, b).

A Lei Complementar n. 110/01 não conflita com esses ditames constitucionais, exceto no que se refere ao princípio da anterioridade, pois, em seu art. 14, limita-se a observar a anterioridade nonagesimal (CR, art. 195, § 6º). É esse o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que deferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade tão-somente para o afastamento do citado dispositivo, mantendo todos os demais, malgrado a alegação de que ofenderiam os seguintes artigos da Constituição da República: 5º, LIV; 149; 150, III, a e b; 154; 157, II; 167, IV; 195, §§ 4º e 6º, mais o art. 10º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Transcrevo a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.556-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decorrente de decisão do Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie 'contribuições sociais gerais' que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna. - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam

plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à argüição de inconstitucionalidade do artigo 14, 'caput', quanto à expressão 'produzindo efeitos', e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, 'ex tunc' e até final julgamento, a expressão 'produzindo efeitos' do 'caput' do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001.

Argumenta-se que aquela Colenda Corte teria reconsiderado seu entendimento concernente à natureza jurídica das contribuições devidas ao FGTS. Contudo, é de se ter presente que os recursos decorrentes das contribuições instituídas pelos arts. 1º e 2º da Lei Complementar n. 110/01 não ficarão à disposição do correntista que tenha sido dispensado sem justa causa ou que tenha percebido a remuneração sobre a qual incide a exação. Há, portanto, uma singularidade que as diferencia das contribuições anteriormente conhecidas e recolhidas ao FGTS, pois estas pertencem efetivamente ao correntista, posto que sua movimentação dependa de certos requisitos legais.

A destinação dos recursos é bastante conhecida: financiamento dos créditos a serem realizados para alguns correntistas, nos termos do art. 4º da Lei Complementar n. 110/01. Objeta-se que semelhante finalidade destoaria da competência constitucional de que se utiliza a União para instituir essas contribuições, defeito que as transformaria em impostos e, por essa razão, em desarmonia com as normas constitucionais que, entre outras limitações, impedem a vinculação da receita à finalidade indicada (CR, art. 167, IV), pouco importando que a norma tenha denominado a exação de contribuição (CTN, art. 4º, I), malgrado sua destinação legal também seja irrelevante para definição da respectiva natureza jurídica (CTN, art. 4º, II).

Ocorre que essas contribuições caracterizam-se como instrumentos de atuação da União na área social. Como se sabe, o FGTS, que é constituído pelo depósito dos correntistas, não dispõe de recursos para creditar os valores decorrentes dos Planos Verão e Collor I, na linha do decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Não há como se angariar os recursos necessários dos próprios correntistas. Não parece despropositado entrever que a União intervenha anteriormente à eventual insolvência, impedindo desse modo os evidentes efeitos sociais e econômicos que adviriam como consequência da quebra do FGTS. As contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar n. 110/01 representam a socialização do prejuízo experimentado pelo FGTS e seus correntistas em virtude dos citados Planos. E a decisão política de socializar esse prejuízo foi tomada na sede constitucionalmente indicada, pelos procedimentos estabelecidos na ordem jurídica e pelo ente competente para atuar nessa delicada situação. Entende-se que a transferência da responsabilidade objetiva estatal aos sujeitos passivos dos tributos criados pela Lei Complementar n. 110/01 não afrontam nenhum dispositivo constitucional: (...)

Tendo as exações natureza jurídica de contribuições sociais (geral), não são persuasivas as objeções contrárias à respectiva validade constitucional. É razoável e racional a decisão política de socializar o prejuízo, fenômeno que muitas vezes se verifica pela inflação (talvez outra alternativa para realização dos créditos pela União). Não há ofensa, portanto, ao devido processo legal (substantial due process of law). Elas não são impostos, razão por que podem ser cumulativas ou ter fato gerador ou base de cálculo de outro tributo, inclusive contribuição (CR, art. 154, I). Não ofendem o princípio da irretroatividade (CR, art. 150, III, a), pois o fato gerador é a dispensa sem justa causa do empregado e não os pagamentos ocorridos anteriormente ao longo da vigência do contrato, sua base de cálculo (LC n. 110/01, art. 1º); e, também, o pagamento ou crédito da remuneração devida (LC n. 110/01, art. 2º). Nesses casos, não há atribuição de efeito jurídico a fato pretérito, mas sim a prescrição de efeito ao fato que ocorre sob a vigência da norma tributária. Não sendo imposto, são inaplicáveis a norma que destina 20% (vinte por cento) de sua arrecadação aos Estados e ao Distrito Federal (CR, art. 157, II) e a que proíbe vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa (CR, art. 167, IV), pouco relevando se coincide ou não com a multa de que trata o art. 10, I, do ADCT (elevou em quatro vezes a multa de 10% do depósito em caso de dispensa sem justa causa, prevista na Lei n. 5.107/66, art. 6º), muito embora é evidente que as exações em testilha com ela não se confundam.

O art. 13 da Lei Complementar n. 110/01, ao determinar que as leis orçamentárias de 2001 a 2004 devem assegurar que o valor equivalente à arrecadação das contribuições seja destinado ao FGTS, não contamina a exigência dessas contribuições nos exercícios seguintes. A norma complementar estabelece uma garantia para aqueles exercícios, mas não implica o desvirtuamento da destinação dos valores arrecadados no futuro, inclusive porque sequer prefiguradas as seguintes leis orçamentárias. A hipotética modificação futura da destinação não implica sua inexigibilidade presente.

Apenas no que se refere ao princípio da anterioridade é que a Lei Complementar n. 110/01, art. 14, atrita-se com a Constituição da República. Como visto, a finalidade de sua arrecadação não é a seguridade social, como definida na própria Constituição (CR, art. 194), mas sim para viabilizar a intervenção da União no sentido de impedir a quebra do FGTS. Seu fundamento constitucional é o art. 149, caput, da Constituição da República, não seu art. 195, § 4º, razão pela qual é inaplicável a anterioridade mitigada (CR, art. 195, § 6º). Essas contribuições não podem ser cobradas no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que as instituiu (CR, art.

150, III, b). Como a Lei Complementar n. 110, de 29.06.01, entrou em vigor em 30.06.01, somente podem ser cobradas as contribuições de que tratam seus arts. 1º e 2º a partir de 01.01.02.

Nesse sentido, confira-se o precedente deste Tribunal:

(...)

Medida cautelar. Caução. Certidão positiva com efeitos de negativa. Resta superada a discussão sobre a admissibilidade da caução para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, desde que em valor suficiente à garantia do juízo e antes da propositura da execução fiscal, em virtude do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil:

(...)

Do caso dos autos. A sentença merece parcial reparo. A constitucionalidade das contribuições instituídas nos arts. 1º e 2º da LC n. 110/01 foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI n. 2.556, ressalvada sua inexigibilidade com relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 2002. A parte autora propôs a presente medida cautelar preparatória para o fim de ter assegurado seu direito a realizar "(...) depósito integral mensal das parcelas em controvérsia, a partir do presente mês (set/2001), inclusive as prestações atrasadas que eventualmente venham a cometer à Suplicante, assim como a determinação do fornecimento de Certificado de Regularidade do FGTS enquanto estiverem sendo efetuados os depósitos judiciais (...)" (fl. 12).

Verifica-se, portanto, que o pedido da parte autora é parcialmente procedente, para as contribuições referentes ao período anterior a 1º de janeiro de 2002. Tendo a parte realizado o depósito integral e em dinheiro do valor devido nesse período, suspende-se a exigibilidade do crédito tributário (STJ, Súmula n. 112), de modo que lhe assiste direito à expedição da Certidão de Regularidade.

Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Dispõe o art. 21, caput, do Código de Processo Civil que, se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Ao falar em compensação, o dispositivo aconselha, por motivos de equidade, que cada parte arque com os honorários do seu respectivo patrono.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação para reformar a sentença e julgar o pedido cautelar parcialmente procedente quanto ao período anterior a 1º de janeiro de 2002, com fundamento no art. 269, I, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono. Custas na forma da lei.

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

Publique-se. Intimem-se.

Alega a CEF, em síntese, que a decisão embargada foi contraditória, porquanto não considerou que a parte ré decaiu em parte mínima do pedido, o que implicaria em condenar a parte autora ao pagamento integral dos honorários (fls. 171/174).

Argumenta a União, outrossim, que a decisão foi omissa, tendo em vista que a parte autora foi vencedora em parte mínima do pedido, razão pela qual a condenação em honorários deve recair somente sobre ela (fl. 178/178v).

[Tab][Tab]**Decido.**

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito destinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag n° 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag n° 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...). REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE.
IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO.
DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.
LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS
LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA.
PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Não se entrevê qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, mas apenas o inconformismo da parte com a mesma, não sendo cabível a oposição deste recurso para a rediscussão da causa.

A decisão fundamentou todos os argumentos suscitados nas razões recursais, de modo que restou clara a conclusão pela sucumbência recíproca.

Assim, tem-se que o apelo dos embargantes visa à rediscussão do *quantum* fixado a título de honorários, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010299-10.2001.4.03.6102/SP

2001.61.02.010299-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : SERMATEC IND/ E MONTAGENS LTDA
ADVOGADO : NOEDY DE CASTRO MELLO
: MAGDIEL JANUARIO DA SILVA
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE BENEDITO RAMOS DOS SANTOS e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Caixa Econômica Federal - CEF e pela União contra a decisão de fls. 284/287, que deu parcial provimento à apelação para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido inicial, declarando a inexigibilidade das contribuições instituídas pelo art. 1º e 2º da Lei Complementar n. 110/01 com relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 2002 e determinando que cada parte arque com os honorários de ser respectivo patrono, com fundamento no art. 269, I, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de apelação interposta por Sermatec Indústria e Montagens Ltda. contra a sentença de fls. 160/171, julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, e condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) a sentença deve ser reformada para "declarar a inexistência de relação jurídica tributária e consequente insubsistência das exações descritas in corporis, tudo para se elidir a exigência dos tributos em questão e isentá-la definitivamente daqueles inconstitucionais recolhimentos estampados nos arts. 1º e 2º da Lei Complementar n. 110/2001";

b) devem ser condenadas "(...) as apeladas na verba honorária de 20% incidente sobre valor do pedido, ou, quando menos, sobre o valor final dos depósitos que vêm sendo realizados para garantia do juízo, tudo a ser apurado em oportuna liquidação", bem como ao pagamento de "(...) despesas e custas do processo, inclusive perícias e demais cominações legais e de estilo" (fls. 178/222)

Foram apresentadas contrarrazões pela CEF (fls. 233/242) e pela União (fls. 246/276).

É o relatório.

Decido.

Lei Complementar n. 110/01. Além das contribuições (sociais) destinadas à seguridade social (CR, art. 195, I a III), inclusive aquelas instituídas por lei complementar (CR, art. 195, § 4º, c.c. o art. 154, I), a União pode criar outras três modalidades de contribuições: a) contribuições sociais, (b) de intervenção no domínio econômico e (c) de interesse das categorias profissionais ou econômicas, "como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas", como reza o art. 149, caput, da Constituição da República, bastando que sua criação decorra de lei complementar (CR, art. 146, III), respeitados os princípios da legalidade (CR, art. 150, I), da irretroatividade (CR, art. 150, III, a) e da anterioridade (CR, art. 150, III, b).

A Lei Complementar n. 110/01 não conflita com esses ditames constitucionais, exceto no que se refere ao princípio da anterioridade, pois, em seu art. 14, limita-se a observar a anterioridade nonagesimal (CR, art. 195, § 6º). É esse o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que deferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade tão-somente para o afastamento do citado dispositivo, mantendo todos os demais, malgrado a alegação de que ofenderiam os seguintes artigos da Constituição da República: 5º, LIV; 149; 150, III, a e b; 154; 157, II; 167, IV; 195, §§ 4º e 6º, mais o art. 10º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Transcrevo a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.556-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decorrente de decisão do Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie 'contribuições sociais gerais' que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna. - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à arguição de inconstitucionalidade do artigo 14, 'caput', quanto à expressão 'produzindo

efeitos', e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, 'ex tunc' e até final julgamento, a expressão 'produzindo efeitos' do 'caput' do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001.

Argumenta-se que aquela Colenda Corte teria reconsiderado seu entendimento concernente à natureza jurídica das contribuições devidas ao FGTS. Contudo, é de se ter presente que os recursos decorrentes das contribuições instituídas pelos arts. 1º e 2º da Lei Complementar n. 110/01 não ficarão à disposição do correntista que tenha sido dispensado sem justa causa ou que tenha percebido a remuneração sobre a qual incide a exação. Há, portanto, uma singularidade que as diferencia das contribuições anteriormente conhecidas e recolhidas ao FGTS, pois estas pertencem efetivamente ao correntista, posto que sua movimentação dependa de certos requisitos legais.

A destinação dos recursos é bastante conhecida: financiamento dos créditos a serem realizados para alguns correntistas, nos termos do art. 4º da Lei Complementar n. 110/01. Objeta-se que semelhante finalidade destoaria da competência constitucional de que se utiliza a União para instituir essas contribuições, defeito que as transformaria em impostos e, por essa razão, em desarmonia com as normas constitucionais que, entre outras limitações, impedem a vinculação da receita à finalidade indicada (CR, art. 167, IV), pouco importando que a norma tenha denominado a exação de contribuição (CTN, art. 4º, I), malgrado sua destinação legal também seja irrelevante para definição da respectiva natureza jurídica (CTN, art. 4º, II).

Ocorre que essas contribuições caracterizam-se como instrumentos de atuação da União na área social. Como se sabe, o FGTS, que é constituído pelo depósito dos correntistas, não dispõe de recursos para creditar os valores decorrentes dos Planos Verão e Collor I, na linha do decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Não há como se angariar os recursos necessários dos próprios correntistas. Não parece despropositado entrever que a União intervenha anteriormente à eventual insolvência, impedindo desse modo os evidentes efeitos sociais e econômicos que adviriam como consequência da quebra do FGTS. As contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar n. 110/01 representam a socialização do prejuízo experimentado pelo FGTS e seus correntistas em virtude dos citados Planos. E a decisão política de socializar esse prejuízo foi tomada na sede constitucionalmente indicada, pelos procedimentos estabelecidos na ordem jurídica e pelo ente competente para atuar nessa delicada situação. Entende-se que a transferência da responsabilidade objetiva estatal aos sujeitos passivos dos tributos criados pela Lei Complementar n. 110/01 não afrontam nenhum dispositivo constitucional: (...)

Tendo as exações natureza jurídica de contribuições sociais (geral), não são persuasivas as objeções contrárias à respectiva validade constitucional. É razoável e racional a decisão política de socializar o prejuízo, fenômeno que muitas vezes se verifica pela inflação (talvez outra alternativa para realização dos créditos pela União). Não há ofensa, portanto, ao devido processo legal (substantial due process of law). Elas não são impostos, razão por que podem ser cumulativas ou ter fato gerador ou base de cálculo de outro tributo, inclusive contribuição (CR, art. 154, I). Não ofendem o princípio da irretroatividade (CR, art. 150, III, a), pois o fato gerador é a dispensa sem justa causa do empregado e não os pagamentos ocorridos anteriormente ao longo da vigência do contrato, sua base de cálculo (LC n. 110/01, art. 1º); e, também, o pagamento ou crédito da remuneração devida (LC n. 110/01, art. 2º). Nesses casos, não há atribuição de efeito jurídico a fato pretérito, mas sim a prescrição de efeito ao fato que ocorre sob a vigência da norma tributária. Não sendo imposto, são inaplicáveis a norma que destina 20% (vinte por cento) de sua arrecadação aos Estados e ao Distrito Federal (CR, art. 157, II) e a que proíbe vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa (CR, art. 167, IV), pouco relevando se coincide ou não com a multa de que trata o art. 10, I, do ADCT (elevou em quatro vezes a multa de 10% do depósito em caso de dispensa sem justa causa, prevista na Lei n. 5.107/66, art. 6º), muito embora é evidente que as exações em testilha com ela não se confundam.

O art. 13 da Lei Complementar n. 110/01, ao determinar que as leis orçamentárias de 2001 a 2004 devem assegurar que o valor equivalente à arrecadação das contribuições seja destinado ao FGTS, não contamina a exigência dessas contribuições nos exercícios seguintes. A norma complementar estabelece uma garantia para aqueles exercícios, mas não implica o desvirtuamento da destinação dos valores arrecadados no futuro, inclusive porque sequer prefiguradas as seguintes leis orçamentárias. A hipotética modificação futura da destinação não implica sua inexigibilidade presente.

Apenas no que se refere ao princípio da anterioridade é que a Lei Complementar n. 110/01, art. 14, atrita-se com a Constituição da República. Como visto, a finalidade de sua arrecadação não é a seguridade social, como definida na própria Constituição (CR, art. 194), mas sim para viabilizar a intervenção da União no sentido de impedir a quebra do FGTS. Seu fundamento constitucional é o art. 149, caput, da Constituição da República, não seu art. 195, § 4º, razão pela qual é inaplicável a anterioridade mitigada (CR, art. 195, § 6º). Essas contribuições não podem ser cobradas no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que as instituiu (CR, art. 150, III, b). Como a Lei Complementar n. 110, de 29.06.01, entrou em vigor em 30.06.01, somente podem ser cobradas as contribuições de que tratam seus arts. 1º e 2º a partir de 01.01.02.

Nesse sentido, confira-se o precedente deste Tribunal:

(...)

Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Dispõe o art. 21, caput, do Código de Processo Civil que, se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. Ao falar em compensação, o dispositivo aconselha, por motivos de equidade, que cada parte arque com os honorários do seu respectivo patrono.

Do caso dos autos. A constitucionalidade das contribuições instituídas nos arts. 1º e 2º da LC n. 110/01 foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI n. 2.556, ressalvada sua inexigibilidade com relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 2002. Desse modo, a sentença merece parcial reparo.

Quanto às custas e aos honorários advocatícios, de rigor a determinação da sucumbência recíproca.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido inicial e declarar a inexigibilidade das contribuições instituídas pelo art. 1º e 2º da Lei Complementar n. 110/01 com relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 2002, com fundamento no art. 269, I, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu patrono.

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

Retifique-se a etiqueta de autuação deste feito (n. 2001.61.02.010299-3) e do processo n. 2001.61.02.009366-9, em apenso.

Publique-se. Intimem-se.

Alega a CEF, em síntese, que a decisão embargada foi contraditória, porquanto não considerou que a parte ré decaiu em parte mínima do pedido, o que implicaria em condenar a parte autora ao pagamento integral dos honorários (fls. 288/291).

Argumenta a União, outrossim, que a decisão foi omissa, tendo em vista que a parte autora foi vencedora em parte mínima do pedido, razão pela qual a condenação em honorários deve recair somente sobre ela (fl. 295/295v).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá

margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA.

PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Não se entrevê qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, mas apenas o inconformismo da parte com a mesma, não sendo cabível a oposição deste recurso para a rediscussão da causa.

A decisão fundamentou todos os argumentos suscitados nas razões recursais, de modo que restou clara a conclusão pela sucumbência recíproca.

Assim, tem-se que o apelo dos embargantes visa à rediscussão do *quantum* fixado a título de honorários, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035929-80.2002.4.03.9999/SP

2002.03.99.035929-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : ELEKEIROZ S/A
ADVOGADO : GISELE PADUA DE PAOLA
: BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR
: GISELE OLIVEIRA PADUA SILVA
: LUCIMARA MARIA SILVA RAFFEL
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 01.00.00009-7 1 Vr VARZEA PAULISTA/SP

DECISÃO

Embora nenhuma das objeções feitas pela União à efetividade do seguro-garantia tenha se configurado - vigência por prazo determinado, sem as alternativas do §2º do artigo 2º da Portaria PGFN nº 1.153/2009, e cobertura condicionada ao pagamento de prêmio -, a substituição da penhora por bens diversos do depósito judicial e da fiança bancária depende do consentimento da Fazenda Pública.

O juiz não tem a iniciativa da concessão, já que a medida está sujeita à conveniência e à oportunidade do credor fiscal. Trata-se de um dos privilégios previstos pelo artigo 15 da Lei nº 6.830/1980, sem paralelo na execução comum.

Indefiro, assim, o requerimento de fls. 248/264.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2012.

RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Convocado

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006034-84.2005.4.03.6114/SP

2005.61.14.006034-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
APELANTE : JOSE ROBERTO MOREIRA e outro
: ALZIRA SILVANA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : PAULO SERGIO DE ALMEIDA e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ANDRE LUIZ VIEIRA e outro

DECISÃO

Fls. 529/530: Proceda a Subsecretaria as anotações necessárias para futuras publicações.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Cível da Subseção Judiciária em São Bernardo do Campo/SP, que rejeitou os presentes embargos de declaração.

O acórdão de fls. 405/407 negou provimento ao recurso, por unanimidade, nos termos do relatório e voto que fazem parte integrante do presente julgado.

Houve interposição de Embargos de Declaração (fls. 410/413).

Às fls. 296/299, o advogado da parte autora comunicou a renúncia ao mandato outorgado, comprovando, nos autos, a notificação pessoal da renúncia de poderes, nos termos do artigo 45 do Código de Processo Civil.

Intimada pessoalmente, a fim de regularizar a **representação processual**, a parte Autora não foi localizada, conforme certidões de fls. 499, 505, 508 e 522.

Expedidas as intimações por edital (fl. 523), o prazo para a manifestação transcorreu *in albis*.

Nos termos do parágrafo único do **artigo 238** do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, "presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva".

No presente caso, buscou-se a intimação da apelante em todos os endereços constantes dos autos, não tendo esta sido localizada, descumprindo, portanto, seu dever de atualização e demonstrando, assim, seu desinteresse no regular andamento do feito.

Presume-se, portanto, sua intimação, conforme preceitua referido artigo, máxime no caso em questão, no qual houve também a intimação por edital.

Sendo assim, diante da ausência de pressuposto de desenvolvimento válido do processo, revela-se inadmissível o conhecimento do recurso dos embargos declaratórios.

À vista do referido, nos termos do artigo 557, *caput*, combinado com o artigo 1º, ambos do Código de Processo Civil, e inciso XII, do artigo 33 do Regimento Interno deste Tribunal Intermediário, **NEGO SEGUIMENTO AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, porquanto manifestamente inadmissíveis.

Decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e, após, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.
RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Convocado

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 19995/2012

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017499-25.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.017499-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : MUNDIAL S/A PRODUTOS DE CONSUMO
ADVOGADO : LUÍS HENRIQUE HIGASI NARVION e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00174992520114036100 3 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Mundial S/A Produtos de Consumo contra a sentença de fls. 108/116v., proferida em mandado de segurança, que denegou a segurança e julgou extinto o processo, nos termos o art. 269, I. do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à Lei n. 12.016/09.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) violação ao princípio da legalidade, não devendo aplicar o RE n. 343.446/SC;

b) "é evidente que a sistemática adotada pelo FAP guarda total similitude ao precedente relativo ao Salário-Educação, tratando-se de delegação pura ao Executivo para fixação do aspecto quantitativo da obrigação tributária";

c) as normas do FAP violaram o princípio da irretroatividade;

d) a finalidade do FAP não tem caráter fiscal, ou seja, o de meramente promover o aumento de arrecadação tributária para a Previdência social;

e) a progressividade do FAP não se enquadra no art. 195 da Constituição da República (fls. 120/147).

Foram apresentadas contrarrazões a fls. 238/272.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da apelação (fls. 178/183).

Decido.

FAP. O Fator Acidentário de Prevenção - FAP é "um multiplicador sobre a alíquota de 1%, 2% ou 3%, correspondente ao enquadramento da empresa segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE preponderante, nos termos do Anexo V do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 5 de maio de 1999. Esse multiplicador deve variar em um intervalo fechado contínuo de 0,5 a 2,0" (Resolução n. 1.308/09 do CNPS).

A Lei n. 10.666, de 08.05.03, art. 10, permitiu o aumento ou a redução da alíquota do SAT (Lei n. 8.212/91, art. 22, II) em função do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, dependendo dos resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social:

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Essa disposição não conflita com o princípio da isonomia tributária, sob o fundamento de ter instituído distinção não autorizada pelo § 9º do art. 195 da Constituição da República, segundo o qual a diferenciação somente seria tolerada em razão da atividade econômica: o § 10 do art. 201 da Constituição, estabelece que a lei disciplinará a cobertura do "risco" de acidente do trabalho, de modo que a respectiva avaliação, sob o critério da recorrência de acidentes, encontra abrigo na equidade do custeio (CR, art. 194, parágrafo único, V). Afora isso, o dispositivo legal considera o risco também em razão da atividade econômica, já não fosse por esse elemento restar implicado na própria diferenciação das alíquotas nos termos do Decreto n. 3.048/99, art. 202.

Por outro lado, a regulamentação da lei veiculada pelo Decreto n. 6.957, de 09.09.09, que deu nova redação ao art. 202-A do Decreto n. 3.048/99, não excedeu o âmbito de competência dessa espécie normativa nem ofende o princípio da legalidade tributária (CR, arts. 5º, II, 150, I). Pois os elementos essenciais do tributo já se encontram estabelecidos em lei, como parece já estar pacificado na jurisprudência (cfr. Súmula n. 351 do STJ), havendo um aumento ou uma redução da alíquota, consoante estabelecido na lei ordinária, em consequência da metodologia empregada para a aferição do risco. Não se poderia conceber ao legislador competência de regular, na própria lei, os critérios de cálculo matemático utilizados para esse efeito. É o que se infere da leitura do art. 202-A do Decreto n. 3.048/99, nos termos da redação dada pelo Decreto n. 6.957/09:

Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção - FAP. (Incluído pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 2º Para fins da redução ou majoração a que se refere o caput, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta: (Incluído pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

I - para o índice de frequência, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados; (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

II - para o índice de gravidade, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue: (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento; (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

III - para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma: (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevivência do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 5º O Ministério da Previdência Social publicará anualmente, sempre no mesmo mês, no Diário Oficial da União, os róis dos percentis de frequência, gravidade e custo por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e divulgará na rede mundial de computadores o FAP de cada empresa, com as respectivas ordens de frequência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a esta verificar o respectivo desempenho dentro da sua CNAE-Subclasse. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 7º Para o cálculo anual do FAP, serão utilizados os dados de janeiro a dezembro de cada ano, até completar o período de dois anos, a partir do qual os dados do ano inicial serão substituídos pelos novos dados anuais incorporados. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 8º Para a empresa constituída após janeiro de 2007, o FAP será calculado a partir de 1º de janeiro do ano ano seguinte ao que completar dois anos de constituição. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 9º Excepcionalmente, no primeiro processamento do FAP serão utilizados os dados de abril de 2007 a dezembro de 2008. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 10. A metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social indicará a sistemática de cálculo e a forma de aplicação de índices e critérios acessórios à composição do índice composto do FAP. (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

Assentada a premissa de que as alíquotas do SAT têm fundamento constitucional e que há lei ordinária que estabelece sua redução ou majoração em razão do risco, por sua vez objeto de norma constitucional concernente ao seguro objeto de cobertura pela exação, resulta natural que o dispositivo legal, para dar eficácia ao comando legal, venha a estabelecer os critérios matemáticos para a aferição desse mesmo risco, ajustando-o ao sujeito passivo no âmbito do desempenho de sua atividade econômica preponderante.

A especificidade da norma regulamentar atende aos critérios constitucionais, pois não extrapola a lei ordinária, como é evidenciado pela fórmula de cálculo do Índice Composto, resultante da conjugação dos Índices de Frequência, de Gravidade e de Custo, em conformidade com a Resolução n. 1.308, de 27.05.09, do Conselho Nacional de Previdência Social.

O fato de serem empregados dados de abril de 2007 a dezembro de 2008 para o primeiro processamento do FAP não implica retroatividade da norma, cujos efeitos referem-se aos fatos geradores supervenientes à sua edição. A circunstância de serem considerados elementos concernentes ao sujeito passivo não modifica a natureza da exação, isto é, não altera a respectiva modalidade de lançamento (homologação em notificação). O lançamento, posto que tenha por objetivo verificar a ocorrência do fato gerador ou a verdade da matéria tributável, não decorre da mera identificação da redução ou da majoração da alíquota, mas sim da superveniente ocorrência do próprio fato gerador da obrigação tributária.

Isso implica dizer que a Portaria Interministerial n. 329, de 10.12.09, que dispôs sobre o modo de apreciação das divergências apresentadas pelas empresas na determinação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP não contraria o devido processo legal, o contraditório e a duração razoável do processo (CR, art. 5º, LIV, LV, LXXVII), pois o surgimento da obrigação tributária não é simultânea à apuração do percentil de variação da alíquota, fenômeno que ainda remanesce no campo normativo. Anote-se que o Decreto n. 7.126, de 03.03.10, em seu art. 2º, deu nova redação ao § 3º do art. 202-B do Decreto n. 3.048/99, para dispor que o processo administrativo de que trata o artigo tem efeito suspensivo.

Nesse sentido, a faculdade que a norma regulamentar reconhece, em favor da empresa, de compensar o valor recolhido a maior na hipótese de procedência da contestação (Resolução Interministerial n. 329/09, art. 1º e parágrafo único) não se converte em *solve et repete*, sob pena de pressupor invariavelmente que a faculdade de compensar, em vez de favorecer o sujeito passivo, ou seria um ônus ou uma panacéia contra a incidência de qualquer tributo.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO. LEI N. 10.666/03, ART. 10. DECRETO N. 6.957/09. NOVA REDAÇÃO AO ART. 202-A DO DECRETO N. 3.048/99. RESOLUÇÃO N. 1.308/09. ISONOMIA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O Fator Acidentário de Prevenção - FAP é um multiplicador sobre a alíquota de 1%, 2% ou 3%, correspondente ao enquadramento da empresa segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas preponderante, nos termos do Decreto n. 3.048/99, que deve variar em um intervalo de 0,5 a 2,0.

2. Assentada a constitucionalidade das alíquotas do SAT, sobre as quais incide o multiplicador, daí resulta a consideração da atividade econômica preponderante, a obviar a alegação de ofensa ao princípio da isonomia por não considerar, o multiplicador, os critérios estabelecidos pelo § 9º do art. 195 da Constituição da República. Além disso, esta dispõe sobre a cobertura do "risco" (CR, art. 201, § 10), sendo incontornável a consideração da recorrência de acidentes e sua gravidade, sob pena de não se cumprir a equidade na participação do custeio (CR, art. 194, parágrafo único, V).

3. Não é tarefa específica da lei a matematização dos elementos de fato que compõem o risco propiciado pelo exercício da atividade econômica preponderante e os riscos em particular gerados pelo sujeito passivo, de modo que as normas regulamentares, ao cuidarem desse aspecto, não exorbitam o seu âmbito de validade e eficácia (Decreto n. 6957/09, Res. MPS/CNPS n. 1.308/09).

4. A faculdade de contestar o percentil (Port. Interm.MPS/MF n. 329/09, arts. 1º e 2º, parágrafo único) não altera a natureza jurídica da exação nem converte o lançamento por homologação em por notificação. O lançamento é predestinado a verificação do fato gerador, superveniente à atividade ainda normativa da aferição do percentil, de modo que contra isso não tem cabimento invocar o efeito suspensivo, sabidamente da exigibilidade do crédito tributário, de que desfrutam as reclamações (CTN, art. 151, III).

5. Agravo de instrumento não provido.

(TRF da 3ª Região, AG n. 20100300000754-0, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.10)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. FATOR ACIDENTÁRIO PREVIDENCIÁRIO (FAP). DECRETO 6.957/09. LEGALIDADE. AGRAVO LEGAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O governo federal ratificou Resolução do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) ao definir a nova metodologia do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), que deve ser utilizado a partir de janeiro de 2010 para calcular as alíquotas da tarificação individual por empresa do Seguro Acidente, conforme o Decreto nº 6.957/2009.

2. O decreto regulamenta as Resoluções nºs 1.308/2009 e 1.309/2009, do CNPS e traz a relação das subclasses econômicas - a partir da lista da Classificação Nacional de Atividades Econômicas -, com o respectivo percentual de contribuição (1%, 2% e 3%) de cada atividade econômica, determinando que sobre esses percentuais será calculado o FAP 3. O prazo para o Ministério da Previdência Social disponibilizar em seu portal na internet os índices de frequência, gravidade e custo de toda a acidentalidade registrada nos anos de 2007 e 2008 das 1.301 subclasses ou atividades econômicas expirou em 30/09/2009 e a agravante não comprovou que essa data não foi observada.

4. O FAP é um multiplicador a ser aplicado às alíquotas de 1%, 2% ou 3% da tarificação coletiva por subclasse econômica, incidentes sobre a folha de salários das empresas para custear aposentadorias especiais e benefícios decorrentes de acidentes de trabalho.

5. A nova metodologia concede redução da taxa para as empresas que registrarem queda no índice de acidentalidade e doenças ocupacionais. Por sua vez, as que apresentarem maior número de acidentes e ocorrências mais graves terão aumento no valor da contribuição.

6. O aumento ou a redução do valor da alíquota passará a depender do cálculo da quantidade, frequência, gravidade e do custo dos acidentes em cada empresa.

7. A aplicação do FAP, à primeira vista, não demonstra infração aos princípios da legalidade genérica e estrita (art. 5º, II e 150, I da CF), em qualquer de suas conseqüências.

8. O Decreto nº 6.957/09 não inovou em relação ao que dispõe as Leis nºs 8.212/91 e 10.666/2003, apenas explicitando as condições concretas para o que tais normas determinam.

9. A respeito da instituição de tributos, o legislador esgota sua função constitucional ao descrever o fato gerador, estabelecendo a alíquota, a base de cálculo e o responsável pelo recolhimento.

10. A AVALIAÇÃO das diversas situações concretas que influenciam a ocorrência da hipótese de incidência ou o cálculo do montante devido é ato de EXECUÇÃO daquela norma.

11. As Leis nº 8.212/91 e 10.666/2003, longe de delegarem função legislativa ao Poder Executivo, restringiram-lhe a atividade executiva em sentido estrito, ao exigir que as classificações quanto ao risco decorressem de tabelas incluídas no Regulamento, quando poderia muito bem deixar livre o julgamento da autoridade hostilizada.

12. A regra matriz de incidência contém todos os elementos necessários à configuração da obrigação tributária, vez que define sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas, em consonância com os princípios da tipicidade tributária e da segurança jurídica.

13. Não tem sentido exigir que a lei, caracterizada pela sua generalidade, desça a minúcias a ponto de elencar todas as atividades e seus respectivos graus de risco. Essa competência é do Decreto regulamentar, ao qual cabe explicitar a lei para garantir-lhe a execução, afastando os eventuais conflitos surgidos a partir de interpretações diversas do texto legal, de forma a espantar a diversidade de entendimentos tanto dos contribuintes, quanto dos agentes tributários, inocorrendo violação ao art. 84, IV da CF.

14. Ademais, a contribuição em tela, conforme explicitado, é calculada pelo grau de risco da atividade preponderante da empresa, e não de cada estabelecimento, não infringindo o Princípio da Igualdade Tributária (art. 150, II, CF) e da capacidade contributiva, já que a mesma regra é aplicada a todos os contribuintes.

15. Embora não se trate daquelas hipóteses em que é legalmente vedada a concessão de liminar ou antecipação de tutela, a presunção de constitucionalidade das leis e de legalidade do ato administrativo, aliás desdobrada na executoriedade da certidão de inscrição em dívida ativa, impõem que se presuma exato e legal o lançamento do crédito tributário, de tal sorte que a suspensão de sua exigibilidade por provimento jurisdicional precário, sem o depósito do tributo, só possa ser concedida quando a jurisprudência dos tribunais esteja remansosamente formada em favor do contribuinte, ou quando o ato de lançamento se mostrar teratológico.

16. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF da 3ª Região, AG n. 20100300005448-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 27.04.10)

Do caso dos autos. O impetrante pleiteia que fosse assegurado o direito de recolher a contribuição ao SAT sem a incidência do FAP.

Conforme o exposto, a instituição e a regulamentação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP após a vigência do Decreto n. 6.957/09 não ofendeu nenhum princípio constitucional.

Foi respeitado o princípio da legalidade, uma vez que o estabelecimento de critérios de classificação das empresas para apuração do FAP mediante Decreto visou apenas dar eficácia ao comando legal. A dificuldade na compreensão das Resoluções decorre da complexidade do cálculo, mas disso não resulta qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Publique-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002806-43.2010.4.03.6109/SP

2010.61.09.002806-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARISA SACILOTTO NERY e outro
APELADO : ARLINDO GROLLA (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : ROSÂNGELA FRASNELLI GIANOTTO e outro
No. ORIG. : 00028064320104036109 1 Vr PIRACICABA/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a decisão de fls. 101/102, que negou provimento à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, que a decisão recorrida é contraditória, pois "apesar de a fundamentação ter sido no sentido de que o autor não teria direito à taxa progressiva de juros, foi negado provimento à apelação da caixa" (fls. 109/110).

Tendo em vista o caráter infringente dos embargos de declaração, foi dada vista à parte contrária para contrarrazões (fl. 112), tendo transcorrido o prazo legal sem manifestação (fl. 113).

Decido.

Os embargos de declaração merecem provimento.

A decisão embargada consignou que "o autor trabalhou na Lucato e Cia. De 10.01.44 a 31.10.75, e de acordo com o documento de fl. 38 não optou pela forma retroativa pelo FGTS" (fl. 102).

De fato, consta do referido documento a opção pelo regime do FGTS em 01.09.75, data posterior à modificação

do art. 4º da Lei n. 5.107/66 operada pela Lei n. 5.705/71, quando passou a vigorar a incidência de juros no percentual único de 3% (três por cento). Dessa forma, verifica-se que o autor não faz jus aos juros progressivos. Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos embargos de declaração para que conste da decisão embargada o seguinte dispositivo:

Ante exposto, DOU PROVIMENTO à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Publique-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003555-44.2011.4.03.6103/SP

2011.61.03.003555-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ITALO SERGIO PINTO e outro
APELADO : MARINA ESMERIA DOS SANTOS (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : ANNYA MARCIA ROSA MARTINS e outro
No. ORIG. : 00035554420114036103 3 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por Marina Esmeria dos Santos contra a decisão de fls. 83/84, que deu provimento à apelação para reformar a sentença e julgar o autor carecedor da ação, e extinguiu o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, c. c. art. 557, ambos do Código de Processo Civil. A parte autora foi condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Alega-se, em síntese, a existência de contradição entre o despacho que deferiu o benefício da assistência judiciária gratuita e a decisão ora recorrida, que condenou a embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Decido.

Os embargos de declaração não merecem provimento.

O beneficiário da assistência judiciária gratuita não tem direito à isenção do pagamento dos ônus sucumbenciais, apenas à suspensão da obrigação enquanto perdurar a situação de hipossuficiência, pelo prazo máximo de cinco anos, findo o qual se consumará a prescrição, conforme disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50. Dessa forma, não há que se falar em contradição.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005604-33.2004.4.03.6126/SP

2004.61.26.005604-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : DANIEL MICHELAN MEDEIROS
APELADO : CONDOMINIO RESIDENCIAL AVEIRO
ADVOGADO : RENATO YASSUTOSHI ARASHIRO e outro

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a decisão de fls. 96/97v., que deu parcial provimento à apelação para reformar a sentença em parte, mantida a sucumbência, e extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir superveniente, nos termos do art. 267, VI, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

O recorrente apresenta estes embargos declaratórios com o objetivo de sanar a contradição para que conste no dispositivo que a extinção do processo se deu em face do pagamento, nos termos do art. 794, I, do Código de Processo Civil, sem condenação de sucumbência, visto que esta já foi paga ao Condomínio (fls. 106/107).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito destinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...). REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE.

IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO.

DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR. (...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGREsp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. A decisão embargada apresentou os fundamentos que embasaram o provimento parcial da apelação, assim como a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir.

Assim, não havendo qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada, não cabe a oposição deste recurso para a rediscussão da causa, bem como para instar o órgão jurisdicional a pronunciar-se acerca de um ou outro dispositivo legal específico.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se.

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025027-23.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.025027-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : DUILIO JOSE SANCHEZ OLIVEIRA e outro
APELADO : CONDOMINIO CONJUNTO RESIDENCIAL VILA SAO JOSE
ADVOGADO : JOSE MANOEL DE MACEDO JUNIOR e outro

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Caixa Econômica Federal - CEF contra a decisão de fls. 125/128v., que negou provimento à apelação da Caixa Econômica Federal e deu provimento ao recurso adesivo do autor para determinar a incidência do juros de mora, multa e correção monetária, e condenou a ré ao pagamento das parcelas vincendas até a data do efetivo pagamento, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, e dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

O recorrente apresenta estes embargos declaratórios com o objetivo de sanar a contradição, para constar no dispositivo que a extinção do processo em face do acordo realizado entre as partes, sem condenação alguma em sucumbência (fls. 135/136).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de

cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO.

DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decurso.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA.

PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. A decisão embargada apresentou os fundamentos que embasaram o não provimento da apelação da CEF e o provimento do recurso adesivo do autor. Assim, não havendo qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada, não cabe a oposição deste recurso para a rediscussão da causa, bem como para instar o órgão jurisdicional a pronunciar-se acerca de um ou outro dispositivo legal específico.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028761-84.2002.4.03.6100/SP

2002.61.00.028761-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : SERGIO KOTARU TAKARA
ADVOGADO : RYOSEI KUNIYOSHI e outro
APELANTE : MIRIAN MISSAE TAKARA
ADVOGADO : LUIZ KOHAGURA e outro
APELADO : WILLIAN JOSE CARLOS MARMONTI e outro
: SILVANA ABRAMOVAY MARMONTI
ADVOGADO : LUCIANA SEMENZATO e outro
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos por Sérgio Kotaru Takara e Mirian Missae Takara contra a decisão de fls. 350/352, que negou provimento às apelações, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de apelações interpostas pelos autores Mirian Missae Takara e Sérgio Kotaru Takara contra a sentença de fls. 300/302 e 323, proferida em ação ordinária, que indeferiu liminarmente a petição inicial e julgou extinta a ação, com fundamento no inciso I do art. 267 do Código de Processo Civil.

Recorre Mirian Missae Takara com os seguintes argumentos:

a) a competência da Justiça Federal somente poderá ser afastada quando a causa versar sobre falência e acidente de trabalho, além das causas cujas matérias estejam sujeitas à apreciação da Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho;

b) a Justiça Federal é competente para apreciar pedidos em que, na condição de rés, assistente ou oponentes, figurem num dos pólos a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, caso ao qual se aplica a demanda, tendo em vista que os autores requereram a citação da Fazenda Nacional, bem como do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS;

c) a extinção do processo tal como ocorreu não tem amparo legal, uma vez que, de acordo com a Súmula n. 170 do Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo incompetência absoluta entre Juízos diversos, o processo poderia ser desmembrado, julgado apenas na parte em que figurasse a competência do Juízo onde fora ajuizada a demanda, ou, ainda, ser parcialmente extinto, prosseguindo-se no Juízo a quo a parte que fosse de sua competência (fls. 328/333).

Por sua vez, aduz Sérgio Kotaru Takara, em síntese, que a extinção do processo sem julgamento do mérito contraria o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, assegurada pela Constituição da República (art. 5º, XXXV) c. c. os arts. 458 e 459 do Código de Processo Civil (fls. 335/338).

Sem contrarrazões, visto que não houve citação, subiram os autos (fl. 345).

Decido.

Emenda. Descumprimento. Indeferimento da inicial. Admissibilidade. Descumprida a determinação para emendar a inicial, admite-se a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 267, I e III, 284 e 295, VI, do Código de Processo Civil (STJ, AGEDAG n. 200802240736, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.08.09; TRF da 3ª Região, AC n. 2006.61.03.000436-9, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 28.07.08 e AC n. 2007.03.99.051406-0, Rel. Des. Fed. Peixoto Júnior, j. 21.10.10).

Do caso dos autos. Trata-se de demanda ajuizada por Mirian Missae Takara e Sérgio Kotaru Takara contra William José Carlos Marmonti e Silvana Abramovay Marmonti, objetivando cumulativamente a imissão na posse do imóvel negociado através do instrumento de compra e venda descrito na exordial, a adjudicação compulsória e declaração de vontade dos compromissários para a transferência do referido imóvel, bem assim a consignação em pagamento do valor do bem em questão.

Outrossim, tendo em vista as execuções fiscais que tramitam contra os requeridos (fl. 266/267), requerem os apelantes a citação, dentre outros, da Fazenda Nacional e do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para que, na condição de interessados, intervenham no feito.

Considerando a necessária competência do mesmo Juízo para apreciação dos pedidos e a adequação no tipo de procedimento adotado para cada pedido, foi concedido aos autores prazo de 10 (dez) dias para que emendassem a petição inicial e adaptassem os pedidos ao disposto no art. 292, § 1º, II e III, do Código de Processo Civil (fl. 293).

A fls. 296/298 os apelantes manifestaram sua opção pelo rito ordinário, no entanto mantiveram-se silentes quanto ao disposto no inciso II do art. 292 do Código de Processo Civil, limitando-se a ratificar os termos da inicial.

Destarte, não cumpriram integralmente a determinação judicial supracitada.

Assim, sobreveio a sentença, a qual indeferiu liminarmente a petição inicial sob o argumento de que os autores contrariaram o que estabelece o art. 292 do Código de Processo Civil, haja vista que a Justiça Federal possui competência para apreciar somente o pedido relativo à consignação em pagamento, sendo incompetente para julgar os outros pedidos (fls. 300/302 e 323).

A sentença não merece reforma.

É entendimento desta corte que, uma vez descumprido o despacho que determinou a emenda à inicial, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a ocorrência de preclusão temporal:

(...)

Ademais, trata-se de demanda configurada por matéria cuja competência pertence à Justiça Estadual. A competência da Justiça Federal somente se justificaria caso a União intervisse no feito (CR, art. 109, I).

No entanto, ocorrendo a extinção do processo quanto aos pedidos principais, assim como requerem os autores (fls. 331/332), inviável seria o prosseguimento do feito na Justiça Federal, uma vez que o interesse da União decorre, em tese, da possível alienação de bem imóvel pertencente aos requeridos, tendo em vista as execuções fiscais que contra eles tramitam. Confira-se, a esse respeito, o seguinte julgado:

(...)

Destarte, em não havendo lide que justifique a intervenção dos entes federais, não subsiste interesse na demanda:

(...)

Deste modo, afigura-se pertinente a manutenção da sentença proferida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

Os embargantes Sérgio Kotaru Takara e Mirian Missae Takara alegam, em síntese, que a decisão embargada foi omissa quanto ao pedido alternativo de remessa dos autos à Justiça Estadual, a fim de se evitar o perecimento de seu direito (fls. 354/356 e 357/360, respectivamente).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito destinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...). REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE.

IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisum.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Não se entrevê qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, mas apenas o inconformismo das partes, não sendo cabível a oposição deste recurso para a rediscussão da causa e para instar o órgão jurisdicional a pronunciar-se acerca de um ou outro dispositivo legal específico ou julgado.

A decisão embargada fundamentou todos os pontos controversos suscitados em razões de apelação, ressaltando, inclusive, que o descumprimento do despacho que determinou a emenda à inicial implica em extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a ocorrência de preclusão temporal.

O pleito de remessa dos autos à Justiça Estadual não foi suscitado na exordial, bem como não constou do teor da sentença de primeiro grau.

Assim, por constituir inovação recursal, não há que se falar em omissão.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025109-56.1989.4.03.9999/SP

89.03.025109-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : JACOMO SALVADOR e outro
: ALZIRA VASSALO SALVADOR
ADVOGADO : VALDEMIR OEHLMEYER
APELADO : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : ALDEMAR OLIVEIRA DINIZ
: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG. : 85.00.00005-1 1 Vt AMERICANA/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 15/18) interposto por JACOMO SALVADOR e sua esposa, ALZIRA VASSALOR SALVADOR, contra sentença proferida nos embargos à execução fiscal, opostos contra o Instituto de Administração Financeiro da Previdência e Assistência e Assistência Social - IAPAS (fls. 11/13), embargado/exequente, nos quais impugnaram os embargantes/executados o título executivo, insurgindo-se também contra a penhora efetivada sobre o direito de usufruto de bem imóvel destinado à residência de ambos.

Com relação à apelante ALZIRA VASSALO SALVADO, o processo foi extinto sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC), ao argumento de faltar-lhe interesse de agir, visto não ostentar a condição de parte na execução, não tendo integra o título executivo e, por conseguinte, sido citada. Quanto ao apelante JACOMO SALVADOR, os embargos à execução foram julgados improcedentes.

Aduzem, em síntese, os apelantes, que (a) tiveram, com o julgamento antecipado da lide, cerceado o seu direito de defesa, pois foi ignorado o requerimento de produção de provas formulado na inicial e (b) o exercício do direito de usufruto é impenhorável, sendo que o imóvel do qual figuram como usufrutuários vitalícios é exclusivamente destinado à moradia, de modo que não há proveito econômico algum extraído do bem penhorado, mais uma razão para se invalidar a penhora (fls. 16/18).

Requerem, pois, o conhecimento e provimento do recurso para o fim de serem julgados procedentes os embargos e nula a penhora.

Veio aos autos a notícia do falecimento, em 13.05.1989, do apelante JACOMO SALVADOR (fls. 36/38). Embora cientificado o patrono dos apelantes do despacho que determinou a intimação para regularização do pólo ativo (fls. 40/v), não houve habilitação de sucessores.

Às fls. 62, determinou-se expedição de ofício ao Juízo *a quo* para que este informasse sobre o andamento da execução fiscal, bem como sobre referida penhora, consignando-se que "(...) a questão trazida a desate refere-se a meação em relação à penhora sobre direitos de usufruto de imóvel que, em face do tempo decorrido, possa não mais subsistir interesse, ainda mais quando o objeto da demanda apresenta indício de se tratar de bem de família."

Em resposta, informou o Juízo das Fazendas da Comarca de Americana que a execução fiscal encontra-se com mesmo andamento de quando remetidos os embargos a este Sodalício, bem como que permanece garantida com a penhora sobre usufruto vitalício (fls. 66).

Diligenciou-se, ainda, sem sucesso, no sentido de tentar intimar a apelante ALZIRA VASSALO SALVADOR para se manifestar se ainda possuía interesse no prosseguimento do feito (fls. 81).

É o relatório.

Decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 557, *caput*, CPC, pois versa sobre matéria objeto de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

O apelo não pode ser conhecido.

A jurisprudência dominante desta Corte é no sentido de que a ausência superveniente de pressuposto de admissibilidade recursal impede o conhecimento de recurso, embora regularmente interposto em momento anterior. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERPOSTO COM FULCRO NO ART. 557 § 1º DO CPC EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO APRESENTADO PELA AUTORA FALECIDA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Recebo o presente recurso como agravo legal.

II - Não merece reparos a decisão recorrida, que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto pela autor falecido.

III - A morte da parte autora é causa de suspensão do processo, consoante o disposto no art. 265, inc. I e § 1º, do CPC, bem como de extinção do mandato do advogado, nos termos do art. 682, inc. II, do Código Civil, necessitando, para regular processamento do feito, habilitação dos sucessores e regularização na representação processual.

IV - Impossibilidade de interposição do presente agravo pelo autor falecido, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente à legitimidade de parte.

V - Ausência de pressuposto processual de existência e desenvolvimento válido do processo, em face da ausência de mandato do advogado para postular em juízo.

VI - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

VII - Não merece reparos a decisão recorrida, posto que calcada em precedentes desta E. Corte e do C. STJ.

VIII - Agravo legal não provido.

(TRF3 - Agravo Legal em AI n. 0007745-26.2011.4.03.0000/SP, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, D.E. 11.09.2012)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO PARA A CAUSA - PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. No caso dos autos, não se trata de ausência de pressuposto de constituição do processo, mas de pressuposto relativo à sua continuidade, visto que a renúncia ao mandato realizada pelo patrono da embargante só ocorreu após a interposição do recurso de apelação.

2. Se há um vício, decorrente de superveniente ausência de pressuposto de conhecimento, não pode ele contaminar ato que dele não dependa. No caso, é de se considerar que, quando da prolação da sentença, a embargante estava regularmente representada, não se podendo falar em desenvolvimento inválido ou irregular do processo.

3. Não é o caso de extinção do processo, com fulcro no art. 267, IV, do CPC, mas de não conhecimento do recurso, em face da ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, vez que a embargante deixou de constituir novo advogado para a causa, não obstante tenha sido intimada para tanto.

4. Recurso não conhecido."

(AC 549225/SP, proc. n.º 1999.03.99.107292-8, relator Desembargador Federal André Nabarrete, relatora para acórdão Desembargadora Federal Ramza Tartuce, Quinta Turma, j. 25/06/2007, DJU 25/09/2007, p. 569.)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL - APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Apelação da empresa não conhecida, porque, conforme se vê, às fls., os advogados da embargante renunciaram ao mandato, cumprindo regularmente o disposto no artigo 45 do CPC, e embora determinada a sua intimação pessoal, por mandado, para regularizar sua representação processual, não chegou a ser efetivada pelo Sr. Meirinho, uma vez que a apelante não fora encontrada no endereço declinado na inicial.

2. Se, de um lado, a Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura a todos o direito de deduzir em juízo a sua pretensão, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV), por outro, não se pode olvidar que o exercício desse direito vem disciplinado em inúmeras regras, constitucionais e infraconstitucionais, materiais e processuais, que devem ser inexoravelmente observadas pela parte, sob pena de impossibilitar a análise jurisdicional de sua pretensão, como, por exemplo, os artigos 36 e 238, parágrafo único, ambos do CPC. Nesse sentido: TRF 3º REGIÃO, AC n. 95030208254/SP, SEXTA TURMA, Data da decisão: 24/10/2001, DJU 10/01/2002, p. 45, JUIZ MAIRAN MAIA)

3. A capacidade postulatória é verdadeiro pressuposto de admissibilidade do julgamento do mérito recursal, sem o qual o mesmo sequer pode ser conhecido, e se a empresa foi expressamente cientificada da renúncia de seus advogados, o ônus processual era seu de nomear substituto (artigo 45 do CPC).

4. Apelação da empresa não conhecida.

(AC 696877/SP, proc. n.º 2000.61.14.000811-2, relator Desembargador Federal Lazarano Neto, j. 04/11/2010,

DJF3 CJI 16/11/2010, p. 619.)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PATRONO APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. APELAÇÃO DO AUTOR NÃO CONHECIDA.

1. Trata-se de ausência de pressuposto de continuidade do feito, tendo em vista que a renúncia do patrono constituído nos autos só ocorreu após a interposição do recurso de apelação.

2. Intimada pessoalmente a regularizar sua representação processual, a apelante não se manifestou.

3. Apelação não conhecida."

(AC 83591/SP, proc. n° 92.03.054096-2, relator Juiz Convocado Fernando Gonçalves, Turma Suplementar da Terceira Seção, j. 09/09/2008, DJF3 15/10/2008.)

No presente caso, falecido o apelante JACOMO SALVADOR, conforme demonstra certidão de óbito de fls. 38, não houve, mesmo após regular intimação, regularização do pólo ativo da demanda, tendo, também, sido extinto o mandato outorgado ao seu advogado, fatos que impedem o conhecimento do presente apelo.

Ao seu turno, como bem pontuado na r. sentença recorrida, a apelante ALZIRA VASSALO SALVADOR não detém interesse de agir, uma vez que não é parte na execução, não tendo figurado no título executivo. Deveria ter ingressado com embargos de terceiro, via processual adequada para se insurgir contra a penhora que recaiu sobre sua parte no direito de usufruto.

No mais, importa observar que a ausência de legitimidade da apelante ALZIRA VASSALO SALVADOR, reconhecida na sentença, sequer foi objeto do apelo sob exame.

É de rigor, pois, seja negado seguimento ao recurso de apelação.

Todavia, exsurge dos autos que o imóvel cujo direito de usufruto fora penhorado é bem de família destinado à moradia de ALZIRA VASSALO SALVADOR, cônjuge sobrevivente.

Consoante jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, tendo em vista a tutela destinada à proteção da entidade familiar dispensada pela Constituição, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 512 DO CPC. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. IMÓVEL DOADO AOS FILHOS DO EXECUTADO EM USUFRUTO DA EX-CÔNJUGE. FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA.

1. (...)

2. A impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública que não pode, nem mesmo, ser objeto de renúncia por parte do devedor executado, já que o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico não é do devedor, mas da entidade familiar, que detém, com a Carta Política de 1988, estatura constitucional.

Precedentes. Ausência de contrariedade ao art. 512 do CPC.

3. O fato de o recorrido já não residir no imóvel não afasta sua impenhorabilidade absoluta, já que foi transferido, no caso, para seus filhos com usufruto de sua ex-esposa. Como a lei objetiva tutelar a entidade familiar e não a pessoa do devedor, não importa que no imóvel já não mais resida o executado.

4. Se o imóvel é absolutamente impenhorável e jamais poderia ser constrito pela execução fiscal, conclui-se que a doação do bem aos filhos do executado com usufruto pela ex-esposa não pode ser considerado fraude à execução, pois não há a possibilidade dessa vir a ser frustrada em face da aludida alienação.

5. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp 1059805 - RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 02.10.2008)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL DE SÓCIO DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA EMPRESA. IMPENHORABILIDADE. LEI N. 8.009/1990, ART. 3º, V. EXEGESE. PRECEDENTE. QUESTÃO DE DIREITO. SÚMULA N. 7-STJ. NÃO INCIDÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA. ÚNICO BEM. RENÚNCIA INCABÍVEL. PROTEÇÃO LEGAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA.

I. Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica

própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/1990.

*II. A proteção legal conferida ao bem de família pelo mesmo diploma legal não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada **ex vi legis**.*

III. Temas que não envolvem o reexame de matéria fática, demandando apenas o correto enquadramento jurídico.

IV. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp 1.187.442 - SC, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr, DJe17.02.2011)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ALCANCE. ORIGEM DA DÍVIDA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO A QUALQUER TEMPO. DIFERENÇA EM RELAÇÃO ÀS HIPÓTESES EM QUE A QUESTÃO FOI DECIDIDA E OPERA-SE A PRECLUSÃO. ENQUADRAMENTO DO IMÓVEL PENHORADO NA PROTEÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 8.009/90. ÔNUS DA PROVA. IRRELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO NO CASO CONCRETO.

1. (...)

2. (...)

3. Os acórdãos proferidos em grau de apelação e de embargos infringentes reconheceram a inexistência de provas quanto à alegação de ser a dívida advinda de contrato de fiança locatícia. Incidência das Súmulas 5 e 7.

4. É possível a arguição de impenhorabilidade do bem de família em sede de apelação contra sentença proferida em embargos à execução. Cumpre fazer uma distinção entre as hipóteses em que a questão já foi alegada e decidida no processo, daquelas em que a alegação advém tardiamente, depois de apresentada a defesa de mérito do devedor. Quando não há alegação, tampouco decisão anterior, a impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública, dela podendo conhecer o juízo a qualquer momento, antes da arrematação do imóvel. Por outro lado, a ausência de alegação oportuna, a depender do caso concreto, quando comprovada a má-fé, resolve-se na redistribuição dos ônus sucumbenciais, nos termos do que dispõe o art. 22 do Código de Processo Civil. Precedentes.

5. As regras de distribuição do ônus da prova delineadas no art. 333 do Código de Processo Civil, como observa Barbosa Moreira, revelam-se como "sucedâneo da prova faltante". Assim, somente há necessidade de a solução do litígio se apoiar no ônus da prova quando não houver provas dos fatos ou quando essas se mostrarem insuficientes a que o julgador externe - com segurança - a solução que se lhe afigure a mais acertada. Com efeito, tendo o acórdão recorrido se apoiado nas provas antes produzidas nos autos, no que concerne à impenhorabilidade do imóvel do devedor, o recurso encontra óbice na Súmula n. 7/STJ, a par de se mostrar irrelevante a indagação acerca do ônus probatório.

6. Recurso parcialmente conhecido e não provido.

(STJ - REsp 981532-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29.08.2012)

Constituindo-se matéria de ordem pública, a impenhorabilidade do bem de família pode ser conhecida, inclusive *ex officio*, em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Convém consignar que, consoante verbete da Súmula 205 do Superior Tribunal de Justiça, "*A Lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência.*" (DJ 16/04/1998 p. 43)

Assinalo, também, que, em se tratando de penhora sobre direito de usufrutos, competia ao embargado/exequente, a prova de que o usufrutuário se beneficia dos frutos. Nesse sentido já decidiu esta C. Corte Regional:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. USUFRUTO. PENHORA SOBRE RENDIMENTOS. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O USUFRUTUÁRIO SE BENEFICIA DOS FRUTOS.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de serem penhoráveis os rendimentos advindos do usufruto (REsp 242031, Ministro Relator ARI PARGENDLER).

2. Caso concreto em que o INSS não comprovou que o embargante se beneficia dos rendimentos advindos do usufruto, sendo ilegítima a penhora que sobre eles incidiu.

3. Apelação não provida.

(TRF3 - AC n. 0006671-93.2004.4.03.6106/SP, Turma Y, Rel. Juiz Fed. Conv. Wilson Zauhy, D.E. em 20.10.2011)

Postas essas premissas, considero a situação dos autos.

Conforme registra a sentença recorrida, "*a penhora recaiu sobre os direitos do usufruto vitalício de imóvel situado na Rua Sete de Setembro, 861, reservado pelos embargantes, nos termos de escritura lavrada em 23.12.81 e registro n. 1 da matrícula n. 24.718, feito em 10.03.82 no Cartório de Registro de Imóveis e Anexos desta Comarca (fls. 36 e 37 dos autos da execução)*".

Trata-se de único imóvel destinado à moradia de pessoa idosa, com saúde debilitada já desde os idos de 1992 (fls. 34). O embargado/exequente, ao seu turno, não logrou comprovar, como lhe incumbia, qualquer proveito econômico porventura auferido pela usufrutuária sobrevivente.

Destarte, seja pela proteção conferida pela Lei 8.009/90, seja pela ausência de comprovação de proveito oriundo do direito de usufruto, não subsiste a penhora.

Posto isso, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao recurso de apelação interposto pelos embargantes e, *ex officio*, declaro nula a penhora havida sobre o direito de usufruto do imóvel situado na Rua Sete de Setembro, 861, objeto da matrícula n. 24.718 do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Americana-SP.

Intimem-se.

São Paulo, 28 de novembro de 2012.
RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Convocado

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056424-13.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.056424-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : FRANCISCO FERREIRA FAUSTINO e outro
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO QUINTANILHA
APELANTE : MARIA APARECIDA FAUSTINO
ADVOGADO : LUIZ AUGUSTO SEABRA DA COSTA e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : LOURDES RODRIGUES RUBINO e outro
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO: Cuida-se de embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática lavrada nos seguintes termos:

"Trata-se de apelações interpostas pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF e por FRANCISCO FERREIRA FAUSTINO e OUTRO e contra sentença que, nos autos da ação ordinária ajuizada com o fim de rever o contrato de mútuo para aquisição da casa própria celebrado sob as regras do Sistema Financeiro Habitacional-SFH, julgou parcialmente procedente o pedido, para excluir a TR como fator de correção do saldo devedor pelo IPC até fevereiro de 1991 e o INPC a partir de março de 1991; excluir da correção monetária do saldo devedor a variação do IPC referente ao mês de março de 1990 (se a avença foi celebrada antes desta data); excluir da forma de reajuste nas prestações outro índice de correção monetária que não tenha sido aplicado à categoria profissional do mutuário titular, excluindo os índices de reajustes praticados pelo Plano Real que não tenham sido aplicados à categoria; excluir da forma de reajuste da taxa de seguro outra forma de correção monetária

que não guarde relação com os valores aplicados à categoria profissional do mutuário titular; suspender qualquer ato tendente à execução extrajudicial e determinar a não inclusão do nome da parte autora nos órgãos de proteção ao crédito. Por fim, condenou a parte ré nas custas e em honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Suscita a CEF preliminarmente: 1) a necessidade de citação da União Federal, para que integre a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário, bem como da SASSE CIA. DE SEGUROS GERAIS S/A, e 2) a carência da ação pela falta de comprovação dos fatos pela parte autora.

No mérito sustenta, em suas razões de apelo, que os reajustes das prestações e a forma de atualização do saldo devedor foram levados a efeito de maneira absolutamente correta, com a estrita observância aos dispositivos legais e contratuais aplicáveis.

Prequestiona, para efeito de recurso especial ou extraordinário, ofensa a dispositivos de lei federal e de preceitos constitucionais.

Por sua vez, sustenta a parte autora, em suas razões de apelo, a ocorrência de anatocismo, e a ilegalidade da atualização do saldo devedor antes da amortização da prestação paga.

Com contrarrazões, ofensa a dispositivos de lei federal e de preceitos constitucionais, vieram os autos a esta Egrégia Corte Regional.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Não merece acolhida a preliminar de litisconsórcio passivo necessário com a União Federal.

Ocorre que, em conformidade com o entendimento firmado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a União Federal é parte ilegítima para ser demandada em causas envolvendo o Sistema Financeiro da Habitação - SFH: A União carece de legitimidade passiva para figurar nas ações em que se discute o reajuste de prestação do financiamento de aquisição de casa própria regido pelo Sistema Financeiro da Habitação.

(REsp nº 562729 / SP, 2ª Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 06/02/2007, pág. 283)

Despicienda a presença da União no pólo passivo das demandas propostas por mutuários do SFH, em que se discutem cláusulas dos contratos de financiamento, pois a CEF, como sucessora do extinto BNH, passou a gerir o Fundo.

(REsp nº 690852 / RN, 2ª Turma, Relator Castro Meira, DJ 25/08/2006, pág. 322)

Pretendendo a parte autora, no caso, o reajuste de prestações e do saldo devedor, não há que se falar em litisconsórcio passivo da empresa seguradora, até porque a CEF, que possui legitimidade para figurar no pólo passivo da ação, atua como sua mandatária, com poderes para representá-la em juízo. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Merece acolhida a alegação de ilegitimidade da Caixa Seguradora, visto que, nos contratos de financiamentos da casa própria, a Caixa Econômica Federal atua como mandatária da SASSE, atual Caixa Seguradora S/A, com poderes para representá-la em juízo, inexistindo razão legal para a citação da seguradora para vir integrar a lide.

(TRF 1ª Região, AC nº 2004.34.00.023958-2 / DF, 6ª Turma, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 12/03/2007, pág. 164)

Não há que se falar em litisconsórcio passivo da SASSE - Companhia Nacional de Seguros, se a controvérsia envolve apenas reajuste de prestações e saldo devedor, inexistindo discussão sobre a cobertura securitária, hipótese em que seria necessária a participação da seguradora na lide.

(TRF 1ª Região, AC nº 2004.35.00.014008-0 / GO, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, e-DJF1 21/02/2008, pág. 299)

Nos contratos coligados (financiamento e seguro) que versam sobre questões relativas ao cumprimento do contrato de mútuo vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), a Caixa Seguradora S/A - saspe não tem legitimidade passiva em litisconsórcio necessário, uma vez que se encontra representada pela CEF.

(TRF 2ª Região, AC nº 1997.51.02.042003-3 / RJ, 8ª Turma especializada, DJU 27/11/2006, pág. 250)

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, nos contratos de seguro vinculados ao mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, apenas o agente financeiro possui legitimidade para figurar no pólo passivo da ação, porquanto é o estipulante, agindo em nome da seguradora, impondo o seguro mais conveniente ao sistema e cobrando o seu valor juntamente com os demais acessórios do encargo mensal. Dessa forma, resta afastada a hipótese de nulidade da sentença, mantendo-se fora da relação processual a empresa seguradora.

(TRF 4ª Região, AC nº 2001.71.12.000794-8 / RS, 1ª Turma suplementar, DJ 08/03/2006, pág. 632)

Também rejeito a preliminar de carência da ação, vez que a inicial veio instruída com documentação necessária ao deslinde do feito. Destarte, totalmente cabível o julgamento do processo no estado em que se encontra, tornando-se desnecessária a produção de outras provas.

Afastada, portanto, a matéria preliminar, passo à análise do mérito do pedido.

Quanto ao mérito, da leitura do contrato de mútuo, firmado em 29.07.1988 e acostado às fls. 11/14, vê-se que foram adotados, para o reajuste das prestações, o Plano de Equivalência Salarial por Categoria

Profissional/PES/CP; para o reajuste do saldo devedor, os mesmos índices de correção da caderneta de poupança; e para a amortização do débito, a Tabela Price ou Sistema Francês de Amortização/SFA.

1. O reajuste das prestações:

No tocante ao reajuste das prestações, cumpre esclarecer que, com a vigência do Decreto-lei nº 2164, de 19 de setembro de 1984, o conceito de equivalência salarial tornou-se princípio básico do Sistema Financeiro da Habitação/SFH, estabelecendo que a prestação mensal do financiamento deve guardar relação de proporção com a renda familiar do adquirente do imóvel.

Com fundamento na referida legislação, ficou estabelecido que, a partir de 1985, o reajuste das prestações mensais do mútuo habitacional seria realizado de acordo com o percentual de aumento salarial da categoria profissional do mutuário.

Tal sistema de reajuste tem por objetivo preservar a capacidade de adimplimento do contrato por parte do mutuário, visando a sua sobrevivência e o seu pleno cumprimento.

No caso concreto, tal sistema de reajuste foi adotado pelas partes.

No tocante ao Coeficiente de Equiparação Salarial/CES, trata-se de índice utilizado como fator multiplicador do valor principal da prestação e seus acessórios, para solucionar eventual disparidade existente entre o valor da prestação e o saldo devedor, em razão da diferença de datas de reajuste de um e de outro. Contudo, referida taxa não restou prevista no contrato, a qual deveria incidir sobre o valor do encargo mensal que engloba amortização e juros, e que tem por objetivo corrigir eventuais distorções que poderão advir da diferença entre os reajustes salariais dos mutuários e a efetiva correção monetária aplicada aos financiamentos do sistema habitacional. Assim, sua aplicação é de ser afastada, já que não prevista expressamente no contrato de mútuo, conforme entendimento firmado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Tal sistema de reajuste tem por objetivo preservar a capacidade de adimplimento do contrato por parte do mutuário, visando a sua sobrevivência e o seu pleno cumprimento.

No caso concreto, tal sistema de reajuste foi adotado pelas partes.

PROCESSO CIVIL E BANCÁRIO. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. SFH. CES. COBRANÇA. VALIDADE.

Resta firmado no STJ o entendimento no sentido de que o CES pode ser exigido quando contratualmente estabelecido. Precedentes.

2. Agravo não provido.

(AgRg no REsp nº 893558/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 27/08/2007, pág. 246)

Na hipótese, pois, não é devida a exigência do CES, porque não está prevista no contrato de mútuo em questão, devendo ser excluída do cálculo, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao princípio do pacta sunt servanda.

2. O reajuste do saldo devedor:

No que diz respeito à atualização do saldo devedor, realizada pelo agente financeiro antes de proceder à amortização da prestação paga, conclui-se que tal prática se mostra necessária para garantir que o capital objeto do empréstimo seja remunerado pelo tempo em que ficou à disposição do mutuário. O contrato prevê o abatimento das prestações do saldo devedor. Mas é óbvio que, se o abatimento mensal ocorrer antes do reajuste do saldo devedor, haverá defasagem de um mês de correção monetária, a ocasionar pagamento inferior a importância emprestada. Não há violação do contrato ou das normas de ordem pública quando o agente financeiro reajusta o saldo devedor antes da amortização das prestações. Na verdade, a atualização do saldo devedor e da prestação é simultânea, até porque se o valor atualizado da prestação fosse abatido do saldo devedor sem correção, parte da dívida ficaria sem atualização, o que violaria o contrato e as próprias normas que o regulam.

A determinação de atualização prévia do saldo devedor a preceder a amortização da prestação paga não ofende o disposto no artigo 6º, letra "c", da Lei nº 4380/64, e está prevista na Resolução BACEN nº 1980/90, que, no seu artigo 20, diz:

Art. 20 A amortização decorrente do pagamento de prestações deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data.

Já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que:

O sistema de prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que, de um lado, deve o capital emprestado ser remunerado pelo exato prazo em que ficou à disposição do mutuário, e, de outro, restou convencionado no contrato que a primeira parcela será paga apenas no mês seguinte ao do empréstimo do capital.

(REsp nº 467.440/SC, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 27/04/2004, DJU 17.05.2004, pág. 214)

É considerado legal o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para só então efetuar o abatimento da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição do imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes.

(REsp nº 919693/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 14/08/2007, DJ 27/08/2007, pág. 213)

No que se refere ao sistema de amortização do saldo devedor, esta Corte tem sufragado a exegese de que a prática do prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor está de acordo com a legislação em vigor e não fere o equilíbrio contratual.

(AgRg no REsp 816724/DF, 4ª Turma, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 24/10/2006, DJ 11/12/2006, pág. 379)

Não há óbice na aplicação da TR para o reajuste do saldo devedor, até porque há no contrato expressa previsão no sentido da incidência do mesmo índice de correção monetária aplicável aos depósitos do FGTS, que é uma das fontes dos recursos para os financiamentos da casa própria. A outra fonte, saldos das contas de poupança, também é remunerada pela variação da TR. Nada mais justo, portanto, do que o valor do financiamento ser reajustado pelo mesmo índice que remunera as fontes desses recursos.

Ademais, o Pretório Excelso decidiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, no sentido da não aplicabilidade da TR somente aos contratos com vigência anterior à edição da Lei nº 8177/91, em substituição a outros índices estipulados.

E, na hipótese de contratos de mútuo habitacional, ainda que firmados antes da vigência da Lei nº 8177/91, mas nos quais esteja previsto a correção do saldo devedor pelos mesmos índices de correção das contas do FGTS ou da caderneta de poupança, aplica-se a TR, por expressa determinação legal.

Nesse sentido, também, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO DEVEDOR. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA/TR.

Não é inconstitucional a correção monetária com base na Taxa Referencial/TR. O que é inconstitucional é sua aplicação retroativa. Foi isso que decidiu o STF da ADI 493/DF, Pleno, Min. Moreira Alves, DJ de 04/09/92, ao estabelecer o âmbito de incidência da Lei 8177, de 1991.

2. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos de poupança aplica-se a Taxa Referencial, por expressa determinação legal. Precedentes da Corte Especial: AGREsp 725917/DF, Min. Laurita Vaz, DJ 19/06/2006; DEREsp 453600/DF, Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 24/04/2006.

3. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(EREsp nº 752879/DF, Corte Especial, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 19/12/2006, DJ 12/03/2007, pág. 184)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. ADMISSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE.

1. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do contrato sob exame, ainda que anterior à Lei nº 8177/1991, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança, critério este avençado.

2. Não basta à configuração da divergência a mera enunciação de tese genérica, mas que haja rigorosa similitude fático-jurídica entre as espécies.

3. Ausente qualquer contradição, rejeitam-se os aclaratórios.

(EDcl nos EREsp nº 453600/DF, Corte Especial, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 24/04/2006, pág. 342)

E mesmo nos casos em que o financiamento se submete ao Plano de Equivalência Salarial/PES, é legal o reajuste do saldo devedor pela TR, visto que o PES não constitui índice de correção monetária, mas critério para reajustamento das prestações, conforme entendimento firmado pela Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

É legal a correção monetária do saldo devedor do contrato vinculado ao SFH pelo mesmo índice aplicável ao reajuste das cadernetas de poupança, já que o Plano de Equivalência Salarial/PES não constitui índice de correção monetária, mas apenas critério para reajustamento das prestações.

(AgRg nos EREsp nº 772260/SC, Relator Min. Francisco Falcão, DJ 16/04/2007, pág. 152)

Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia Corte Regional:

A cláusula PES/CP tem seu alcance limitado ao reajuste das prestações que, nos termos do contrato, é aplicada na forma dos índices correspondentes à taxa de remuneração básica dos depósitos de poupança, na data-base da categoria profissional do mutuário. Para a correção do saldo devedor, aplicam-se os mesmos índices de correção das contas do FGTS, quando lastreada a operação em recursos do referido fundo, e os das cadernetas de poupança nos demais casos.

(AC nº 2004.03.99.014450-4/SP, 2ª Turma, Relator Desembargador Henrique Herkenhoff, DJU 06/09/2007, pág. 663)

Quanto ao índice aplicável em março de 1990 à correção do saldo devedor dos contratos de financiamento da casa própria firmados sob as regras do Sistema Financeiro da Habitação/SFH, conforme entendimento pacificado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, deve ser o Índice de Preço do Consumidor/IPC, critério adotado, inclusive, para correção das contas de FGTS e os depósitos de cadernetas de poupança. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

Está pacificado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente a março de 1990, é de 84,32%, consoante variação do IPC (EREsp nº 218426/ES, Corte Especial, DJU de 19/04/2004).

(AgRg nos EREsp nº 684466/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 03/09/2007, pág. 111)

3. A amortização da dívida:

No que diz respeito ao Sistema Francês de Amortização/SFA ou Tabela Price, não vislumbro qualquer ilegalidade em sua adoção para regular o contrato de mútuo em questão.

Trata-se de um sistema de amortização de dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, cujo valor de cada prestação é composto de uma parcela de capital (amortização) e outra de juros, como previsto na alínea "c" do artigo 6º da Lei nº 4380/64, que diz:

Art. 6º O disposto no artigo anterior somente se aplicará aos contratos de venda, promessa de venda, ce são ou promessa de cessão, ou empréstimo que satisfaçam às seguintes condições:

.....
c) ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros.

Tal dispositivo de lei não alberga a pretensão da parte autora de amortizar a dívida pelo valor reajustado da prestação, antes da atualização do saldo devedor. Na verdade, quando o legislador se referiu à expressão antes do reajustamento quis se referir ao igual valor das prestações mensais sucessivas ali previsto e não à amortização de parte do financiamento, como quer fazer crer a parte autora.

Esse tipo de amortização, ademais, não acarreta incorporação de juros ao saldo devedor, já que os juros são pagos mensalmente, juntamente com as prestações, não havendo qualquer possibilidade de ocorrer anatocismo. Note-se que a manutenção de uma prestação, composta de parcela de amortização do débito e parcela de juros permite ao mutuário saber, antecipadamente, o valor de suas prestações futuras. Por outro lado, considerando que tais parcelas mensais são compostas de parte de amortização da dívida e de parte de juros, não se pode falar em cumulação de juros (pois estão sendo pagos mensalmente), do que resulta, ao longo do tempo, o equilíbrio financeiro inicial do contrato.

Assim, também, é o entendimento firmado pelos Egrégios Tribunais Regionais Federais:

A orientação jurisprudencial está consolidada no sentido da legalidade da adoção do Sistema Francês de Amortização ou Tabela Price nos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo SFH, não implicando sua adoção na capitalização de juros (anatocismo), exceto nos casos em que comprovadamente, ocorra amortização negativa do débito.

(TRF 1ª Região, AC nº 2002.38.00.008354-8/MG, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, DJ 21/01/2008, pág. 187)

Legitimidade da aplicação do sistema francês de amortização (Tabela Price), cuja incidência não implica anatocismo nem capitalização de juros. Precedentes desta Corte.

(TRF 1ª Região, AC nº 2001.38.00.011668-0/MG, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 26/11/2007, pág. 108)

É vedada a prática de anatocismo, todavia, nem a simples utilização da Tabela Price, nem a dicotomia (taxa de juros nominal e efetiva) são suficientes para sua caracterização. Somente o aporte de juros remanescentes decorrentes de amortizações negativas para o saldo devedor caracteriza anatocismo. No caso dos autos, o exame das planilhas de evolução do financiamento demonstram sua ocorrência.

(TRF 4ª Região, AC nº 2005.72.00.010174-0/SC, Relator Juiz Loraci Flores de Lima, DE 18/02/2008)

A Tabela Price tem previsão contratual e é revestida de legalidade, não ensejando a prática de usura.

(TRF 2ª Região, AC nº 2003.51.01.029285-7/RJ, Relator Juiz Raldênio Bonifácio Costa, DJ 25/01/2008, pág. 494)

Não se vislumbra quaisquer ilegalidades perpetradas pela CEF no contrato em tela, da mesma sorte que a mera adoção do Sistema Francês de Amortização não implica ne ces sariamente em capitalização de juros...

(TRF 2ª Região, AC nº 1998.51.04.505307-9/RJ Relator Juiz Rogério Carvalho, DJU 24/01/2008, pág. 269)

Nestes autos, diga-se, não há demonstração de incidência de juros sobre juros, com o aporte de juros remanescentes decorrentes de amortizações negativas para o saldo devedor, motivo pelo qual a pretensão da parte autora não pode ser acolhida.

Além disso, a legislação que rege o Sistema Financeiro da Habitação limitou os juros a serem cobrados ao percentual de 10% (dez por cento) ao ano até a vigência da Lei nº 8692/93, quando o limite passou a ser de 12%, sendo que todos os contratos celebrados com a CEF prevêem juros aquém desses limites legais, não havendo comprovação nos autos de que foram cobrados juros acima desses percentuais.

4. A invocada perda de renda em razão do Plano Real (URV):

No tocante a argüição de que houve perda de renda do mutuário, quando da implantação do Plano Real na economia do país, com a conversão dos salários em URV, melhor sorte não socorre à parte autora.

É que a Resolução BACEN 2059/94, em seu artigo 1º, determinou que nos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), vinculados à equivalência salarial, deverão ser repassados, às prestações que tenham o mês de março do corrente ano como mês de referência, os percentuais de reajuste correspondentes a variação, em cruzeiros reais, verificada entre o salário do mês de fevereiro e o salário do próprio mês de março, este calculado na forma da Medida Provisória nº 434, de 27/02/94.

Isto significa dizer que a mesma metodologia e a mesma fórmula de conversão previstas da referida Medida Provisória nº 434/94 foram utilizadas para os salários e os reajustes das prestações da casa própria, a garantir a paridade e a equivalência salarial previstas no contrato.

Nos meses seguintes ao da implementação do Plano Real, de acordo com a referida Resolução (artigo 2º), os reajustes foram efetuados com base na variação da paridade entre o cruzeiro real e a Unidade Real de Valor (URV), correlação essa que garantiu a vinculação renda/prestação inicialmente pactuada.

Ademais, os valores relativos aos salários, obtidos pela sua conversão em URV, têm evidente caráter financeiro e, conseqüentemente, devem refletir no reajuste das prestações mensais.

Observe-se, por fim, que a referida norma, em seus artigos 3º e 4º, garantiu ao mutuário, na aplicação dos reajustes, a observância da carência prevista no contrato, além de lhe confirmar a faculdade de solicitar a revisão das prestações, caso o seu reajuste, em cruzeiros reais, fosse superior ao aumento salarial efetivamente percebido.

Não se pode, pois, dar agasalho à tese sustentada pela parte autora, de que houve desrespeito ao contrato e à lei, com a quebra da correlação salário/prestação, quando da implementação do Plano Real na economia do país.

5. Os acessórios do encargo mensal:

No que diz respeito à contratação do seguro habitacional imposto pelo agente financeiro, quando da contratação do mútuo, está prevista no Decreto-lei 73 de 21 de novembro de 1966, que rege as operações de seguros e resseguros, contratadas com a observância do Sistema Nacional de Seguros. O seguro visa garantir a cobertura de possíveis eventos imprevisíveis e danosos ao mútuo firmado entre as partes, sendo que todos os bens dados em garantia de empréstimos ou de mútuos de instituições financeiras públicas devem estar acobertados por seguro (artigo 20, letras d e f, do Decreto-lei nº 73/66).

Assim, a mera argüição de ilegalidade na cobrança do seguro habitacional ou de seu reajuste não pode acarretar a revisão do contrato, considerando que não se provou que o valor do prêmio é abusivo, em comparação com os preços praticados no mercado, e foi reajustado de forma legal. Na verdade, o prêmio de seguro e seu reajuste têm previsão legal e são regulados e fiscalizados pela Superintendência de Seguros Privados/SUSEP, não tendo restado demonstrado que seu valor ou sua atualização estão em desconformidade com as taxas usualmente praticadas por outras seguradoras em operações como a dos autos.

Além disso, a exigência está prevista no artigo 14 da Lei nº 4380/64 e regulamentada pela Circular nº 111, de 03 de dezembro de 1999, publicada em 07 de dezembro de 1999, posteriormente alterada pela Circular nº 179/2001, editada pela SUSEP, não podendo prevalecer a pretensão de que seja reajustada de acordo com a variação salarial do mutuário.

6. A execução extrajudicial:

No tocante à argüição de incompatibilidade do Decreto-lei nº 70/66 com a Constituição Federal de 1988, sob o argumento de violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não pode ser acolhida, haja vista pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua constitucionalidade.

A Suprema Corte, na verdade, acabou se posicionando pela recepção do referido diploma legal pela nova ordem constitucional, sob o argumento de que o procedimento administrativo de execução do contrato de mútuo não afasta ou exclui o controle judicial, mesmo que realizado posteriormente, não impedindo que ilegalidades cometidas em seu curso possam ser sanadas e reprimidas pelos meios processuais cabíveis.

Veja-se o que restou decidido no RE nº 223.075-1/DF (Relator Ministro Ilmar Galvão, j. em 23/06/1998, Primeira Turma, DJ 06/11/1998), "in verbis":

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL . DECRETO-LEI 70/66 . CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.

Conclui-se que o Decreto-lei nº 70/66 foi recepcionado pela atual Constituição Federal, sendo certo, ainda, que a edição da Emenda Constitucional nº 26/2000, que incluiu a moradia dentre os direitos sociais, não teve o condão de revogá-lo, como já entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Note-se, ainda, que, quando o Pretório Excelso se posicionou pela constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, na verdade manteve a possibilidade de o agente financeiro escolher a forma de execução do contrato de mútuo firmado para a aquisição da casa própria, segundo as regras do Sistema Financeiro da Habitação: ou por meio da execução judicial ou através da execução extrajudicial. E tendo a parte ré optado pelo procedimento administrativo para promover a execução do contrato, não se pode aceitar a tese de violação ao artigo 620 do Código de Processo Civil, aplicável a execução judicial.

E depreende-se, do artigo 30 do Decreto-lei nº 70/66, que, nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, o agente fiduciário é a Caixa Econômica Federal/CEF, vez que, como sucessora do Banco Nacional da Habitação/BNH, age em seu nome.

7. A inscrição do nome do mutuário nos órgãos de proteção ao crédito:

A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, nas ações

revisionais de cláusulas contratuais, não basta tão somente a discussão judicial da dívida para autorizar a antecipação dos efeitos da tutela para esse fim, mas também que sejam preenchidos, cumulativamente, determinados requisitos, como se vê do seguinte aresto que trago à colação, verbis:

CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp"s ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa frequência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido".

(RESP nº 527618 / RS, Relator Ministro César Asfor Rocha, 2ª Seção, J. 22/10/2003, DJ 24/11/2003, pág. 214) (grifei)

Neste sentido, confirmam-se os julgados recentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL - inscrição DO NOME DOS DEVEDORES NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES - AFASTAMENTO - REQUISITOS - AUSÊNCIA - inscrição DEVIDA - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

Segundo a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte, o impedimento de inscrição do nome dos devedores em cadastros restritivos de crédito somente é possível quando presentes, concomitantemente, três requisitos: existência de ação proposta pelo devedor contestando a existência parcial ou integral do débito, que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada desta Corte ou do Supremo Tribunal Federal e, por fim que, sendo a contestação de apenas parte do débito, deposite, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado, o valor referente à parte tida por incontroversa. No caso dos autos, conforme se verifica da decisão de fl. 91v e do acórdão recorrido, não há a presença do terceiro requisito, devendo ser afastada a vedação de registro dos nomes dos devedores nos registros de entidades de proteção ao crédito, relativamente ao débito objeto deste feito.

Agravo improvido.

(AGEDAG nº 200500916255 / RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, J. 18/09/2008, DJE 03/10/2008)

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. inscrição EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. PROIBIÇÃO POR AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. REQUISITOS. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. O mero ajuizamento de ação revisional de contrato pelo devedor não o torna automaticamente imune à inscrição de seu nome em cadastros negativos de crédito, cabendo-lhe, em primeiro lugar, postular, expressamente, ao juízo, tutela antecipada ou medida liminar cautelar, para o que deverá, ainda, atender a determinados pressupostos para o deferimento da pretensão, a saber: "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas" (2ª Seção, REsp n. 527.618/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, DJU de 24.11.2003).

2. Acórdão recorrido que não registra a presença concomitante de todos os requisitos mencionados no item anterior e que, ao contrário, reconhece a inexistência de provimento jurisdicional em favor da parte autora no sentido de impedir a inscrição em cadastro de inadimplência.

3. Pleito da ação revisional fundamentado em tese já superada pela jurisprudência do STJ.

(AGA nº 961431 / GO, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, J. 05/08/2008, DJE 15/09/2008)

No caso, a parte autora não apresentou qualquer prova no sentido de que foi prestada caução idônea, ou que esteja efetuando o depósito da parte incontroversa do débito, ao prudente arbítrio do Magistrado, e nem há demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito.

8. A jurisprudência de nossos Tribunais sobre a matéria:

Por fim, anoto que todos os temas aqui tratados já foram apreciados por esta Egrégia Corte Regional, conforme se vê dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICABILIDADE DA TR.

- 1. O Contrato de financiamento imobiliário para aquisição de imóvel é regido pelas normas do SFH, que estabelece de forma exaustiva os critérios para o reajustamento das prestações e de correção do saldo devedor, expressando um acordo de vontades com força vinculante entre as partes.*
- 2. O SFH é um mecanismo que opera com recursos oriundos dos depósitos em cadernetas de poupança e do FGTS. A uniformização de índices para o financiamento e a reposição dos recursos empregados é uma exigência estrutural.*
- 3. Na correção do saldo devedor, a aplicação dos mesmos índices de remuneração das cadernetas de poupança ou FGTS é medida compatível com o regime financeiro do sistema, e não se pode considerar ilegal ou abusiva, salvo se igualmente admitirmos os idênticos defeitos na remuneração das fontes de financiamento.*
- 4. Não há direito do mutuário à correção do saldo devedor pelos mesmos critérios da cláusula pes/cp, de alcance restrito ao reajuste das prestações.*
- 5. A matéria rege-se pelas disposições do contrato, prevendo a aplicação dos índices de correção dos depósitos em cadernetas de poupança e carregando ao mutuário o ônus da comprovação da quebra da relação prestação/renda.*
- 6. Ademais, no julgamento da ADIN n.º 493, o Supremo Tribunal Federal proibiu o emprego da TR somente nos casos em que acarretava a modificação de contratos: nessas hipóteses sua aplicação atingia o ato jurídico perfeito. Sendo pactuada a correção do saldo devedor pelos mesmos índices de reajuste das contas do FGTS ou caderneta de poupança, por sua vez remuneradas pela TR, não se verifica desrespeito à liberdade e vontade dos contratantes, nem maltrato ao ato jurídico perfeito.*

7. Agravo Regimental improvido.

(AC n.º 2000.03.99.050642-1/SP, 1ª Seção, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, DJU 11/02/2008, pág. 497)

APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. ENCARGOS MENSIS. SALDO DEVEDOR. REAJUSTE. pes/cp. CES. urv. IPC 84,32%. TAXA REFERENCIAL. JUROS. PROVA PERICIAL.

- 1. O SFH é um mecanismo que opera com recursos oriundos dos depósitos em cadernetas de poupança e do FGTS.*
- 2. A cláusula pes/cp tem seu alcance limitado ao reajuste das prestações, que nos termos do contrato, é aplicada na forma dos índices correspondentes à taxa de remuneração básica dos depósitos de poupança, na data base da categoria profissional do mutuário. Para a correção do saldo devedor, aplicam-se os mesmos índices de correção das contas do FGTS, quando lastreada a operação em recursos do referido fundo, e os das cadernetas de poupança nos demais casos.*
- 3. A falta de previsão legal expressa, na época da avença, não impossibilitava a previsão contratual do CES. Em matéria de contratos vige a autonomia negocial, podendo as partes avençar o que bem entenderem, desde que não haja violação a princípios cogentes ou de ordem pública, que nesta matéria, aliás, socorrem a CEF, e não a parte autora.*
- 4. É fato que os salários acompanharam a evolução da urv no período de aplicação do indexador econômico. Semelhantes acréscimos têm inegável valor financeiro, daí refletindo na possibilidade, em tese, de reajuste do encargo mensal nos contratos do SFH.*
- 5. Cabível o reajuste das prestações e do saldo devedor dos contratos de financiamento firmados sob a égide do SFH pelo IPC de março de 1990 (84,32%). Precedente do STJ.*
- 6. Sendo pactuada a correção do saldo devedor pelos mesmos índices de reajuste das contas do FGTS ou caderneta de poupança, por sua vez remuneradas pela TR, não se verifica desrespeito à liberdade e vontade dos contratantes, nem maltrato ao ato jurídico perfeito. ADIN n.º 493 e Precedente do STJ.*
- 7. A capitalização de juros, quando prevista contratualmente, sendo fixada a taxa de juros efetiva, não importa desequilíbrio entre os contratantes, que sabem o valor das prestações que serão pagas a cada ano. O artigo 6º, alínea e, da Lei n.º 4380/64, não estabelece limitação da taxa de juros em 10% ao ano para o SFH, apenas dispõe sobre as condições de aplicação do artigo 5º da mesma lei, devendo prevalecer o percentual estipulado entre as partes.*
- 8. Ainda que aplicável o CDC aos contratos vinculados ao SFH, não se isenta o autor de demonstrar a abusividade das cláusulas contratuais.*
- 9. A discussão exclusivamente quanto à legalidade da utilização de índices é meramente jurídica, pouco importando tenha o mutuário eventualmente se servido de cálculos contábeis para demonstrar que lhe seria favorável a utilização de índice diverso. Precedentes do STJ.*
- 10. Apelação desprovida.*

(AC n.º 2004.03.99.014450-4/SP, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, DJU 06/09/2007, pág. 663)

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. COEFICIENTE DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR.. SISTEMA FRANCÊS DE AMORTIZAÇÃO. TAXA DE JUROS EFETIVOS. LIMITE DE 12% AO ANO. APLICAÇÃO DO CDC. VALIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO. ART. 31, § 1º, DO DECRETO-LEI 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

- 1. Com a vigência do DL 2164/84, o conceito de equivalência salarial tornou-se princípio básico do Sistema Financeiro da Habitação-SFH, estabelecendo que a prestação mensal do financiamento deve guardar relação de proporção com a renda familiar do adquirente do imóvel.*
- 2. A partir de 1985, o reajuste das prestações mensais do mútuo habitacional seria realizado de acordo com o percentual de aumento salarial da categoria profissional do mutuário. Tal sistema de reajuste tem por objetivo preservar a capacidade de adimplemento do contrato por parte do mutuário, visando a sua sobrevivência e o seu pleno cumprimento.*
- 3. No caso, tal sistema de reajuste foi adotado pelas partes. Todavia, não restou demonstrado, nos autos, que a CEF deixou de observar o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional/ pes /CP, não sendo suficiente, para tanto, os documentos acostados às fls. 69/85 (planilha de evolução do financiamento) e 87/107 (planilha do mutuário, com o valor das prestações que entende ser devidas).*
- 4. Tanto a lei (Lei 8100/90, art. 2º) como o contrato, prevêem a possibilidade de revisão do contrato, com o reajustamento das prestações pela variação salarial da categoria profissional do mutuário, bastando que ele comprove perante o agente financeiro a inadequação dos reajustes. Nestes autos, não demonstrou a parte autora que requereu a revisão do contrato na via administrativa, do que se presume que a equivalência salarial vinha sendo cumprida pela parte ré.*
- 5. Resta firmado no STJ o entendimento no sentido de que o CES pode ser exigido quando contratualmente estabelecido (AgRg no REsp nº 893558/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 27/08/2007, pág. 246). Na hipótese, é devida a exigência do CES, até porque está prevista no contrato de mútuo em questão, como se vê de fl. 180/183, devendo prevalecer em respeito ao ato jurídico perfeito e ao princípio do pacta sunt servanda.*
- 6. A atualização do saldo devedor, realizada pelo agente financeiro antes de proceder à amortização da prestação paga, se mostra necessária para garantir que o capital objeto do empréstimo seja remunerado pelo tempo em que ficou à disposição do mutuário, não se havendo, com tal prática, violação do contrato ou das normas de ordem pública. Precedentes do STJ (REsp nº 467.440/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27/04/2004, DJU 17.05.2004, pág. 214; REsp nº 919693/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 14/08/2007, DJ 27/08/2007, pág. 213; AgRg no REsp 816724 / DF, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 24/10/2006, DJ 11/12/2006, pág. 379).*
- 7. O Pretório Excelso decidiu em sede de ação direta de inconstitucionalidade, no sentido da não aplicabilidade da TR somente aos contratos com vigência anterior à edição da Lei nº 8177/91, em substituição a outros índices estipulados.*
- 8. Nos contratos de mútuo habitacional, ainda que firmados antes da vigência da Lei 8177/91, mas nos quais esteja previsto a correção do saldo devedor pelos mesmos índices de correção das contas do FGTS ou da caderneta de poupança, aplica-se a TR, por expressa determinação legal. Precedentes da Corte Especial do Egrégio STJ (EResp nº 752879/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19/12/2006, DJ 12/03/2007, pág. 184; EDcl nos EREsp nº 453600 / DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 24/04/2006, pág. 342).*
- 9. O Plano de Equivalência Salarial/ pes não constitui índice de correção monetária, mas critério para reajustamento das prestações. Precedente do STJ (AgRg nos EREsp nº 772260/SC, Corte Especial, Relator Min. Francisco Falcão, DJ 16/04/2007, pág. 152).*
- 10. Está pacificado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente a março de 1990, é de 84,32%, consoante variação do IPC (AgRg nos EREsp nº 684466/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 03/09/2007, pág. 111).*
- 11. Não se vislumbra qualquer ilegalidade na adoção do Sistema Francês de Amortização/SFA ou Tabela Price, para regular o contrato de mútuo em questão. Trata-se de um sistema de amortização de dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, cujo valor de cada prestação é composto de uma parcela de capital (amortização) e outra de juros, como previsto no art. 6º, c, da Lei 4380/64.*
- 12. Esse tipo de amortização, ademais, não acarreta incorporação de juros ao saldo devedor, já que os juros são pagos mensalmente, juntamente com as prestações, não havendo qualquer possibilidade de ocorrer anatocismo.*
- 13. E não há, nestes autos, prova da incidência de juros sobre juros, com o aporte de juros remanescentes decorrentes de amortizações negativas para o saldo devedor, motivo pelo qual a pretensão da parte autora não pode ser acolhida.*
- 14. A legislação que rege o Sistema Financeiro da Habitação limitou os juros a serem cobrados ao percentual de 12 % (doze por cento) ao ano (Lei nº 8692/93), sendo que todos os contratos celebrados com a CEF prevêem juros aquém desse limite legal, não havendo comprovação nos autos de que foram cobrados juros acima desse percentual.*

15. O Egrégio STJ tem entendimento no sentido de aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação. Todavia, há que se ter em mente que, para se acolher a pretensão de relativização do princípio que garante a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) é necessário que se constate que as condições econômicas objetivas no momento da execução do contrato se alteraram de tal forma que passaram a acarretar extrema onerosidade ao mutuário e, em contrapartida, excessiva vantagem em favor do agente credor.

16. Não se pode tachar a avença havida entre as partes como contrato de adesão, até porque a instituição financeira não atua de acordo com a sua vontade, ou seja, não tem autonomia para impor, em detrimento do mutuário, cláusulas que a beneficiam, até porque está completamente adstrita a legislação que rege o Sistema Financeiro da Habitação. Nenhuma das obrigações previstas no contrato de mútuo decorre da vontade da parte ré, mas sim da lei que rege o contrato.

17. A contratação do seguro habitacional imposto pelo agente financeiro, quando da contratação do mútuo, está prevista no Decreto-lei 73/66, que rege as operações de seguros e resseguros, contratadas com a observância do Sistema Nacional de Seguros. O seguro visa garantir a cobertura de possíveis eventos imprevisíveis e danosos ao mútuo firmado entre as partes, sendo que todos os bens dados em garantia de empréstimos ou de mútuos de instituições financeiras públicas devem estar acobertados por seguro (art. 20, d e f).

18. A mera argüição de ilegalidade na cobrança do seguro habitacional não pode acarretar a revisão do contrato, considerando que não se provou que o valor do prêmio é abusivo, em comparação com os preços praticados no mercado. Na verdade, o prêmio de seguro tem previsão legal e é regulado e fiscalizado pela Superintendência de Seguros Privados/SUSEP, não tendo restado demonstrado que seu valor está em desconformidade com as taxas usualmente praticadas por outras seguradoras em operações como a dos autos. Além disso, a exigência está prevista no art. 14 da Lei 4380/64 e regulamentada pela Circular 111/99, posteriormente alterada pela Circular nº 179/2001, editadas pela SUSEP.

19. O Egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu que o Decreto-lei nº 70/66 foi recepcionado pela nova ordem constitucional, sob o argumento de que o procedimento administrativo de execução do contrato de mútuo não afasta ou exclui o controle judicial, mesmo que realizado posteriormente, não impedindo que ilegalidades cometidas em seu curso possam ser sanadas e reprimidas pelos meios processuais cabíveis.

20. A edição da EC 26/2000, que incluiu a moradia dentre os direitos sociais, não teve o condão de revogá-lo.

21. Quando o Pretório Excelso se posicionou pela constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, manteve a possibilidade de o agente financeiro escolher a forma de execução do contrato de mútuo firmado para a aquisição da casa própria, segundo as regras do Sistema Financeiro da Habitação: ou por meio da execução judicial ou através da execução extrajudicial. E tendo a parte ré optado pelo procedimento administrativo para promover a execução do contrato, não se pode aceitar a tese de violação ao art. 620 do CPC, aplicável a execução judicial.

22. Depreende-se, do art. 30 do Decreto-lei nº 70/66, que o agente fiduciário é a Caixa Econômica Federal/CEF, vez que, como sucessora do Banco Nacional da Habitação/BNH, age em seu nome. A regra contida no art. 30, § 2º, do referido decreto, segundo a qual o agente fiduciário para promover a execução extrajudicial deve ser escolhido de comum acordo entre credor e devedor, se aplica às hipotecas não compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação.

23. Não se aplica, à execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66, o disposto no art. 687, § 5º, do CPC, com a redação dada pela Lei 8953/94, visto que a execução extrajudicial é regida pelo Decreto-lei 70/66, que prevê deva o agente financeiro proceder à publicação dos editais do leilão, não o obrigando a notificar pessoalmente o devedor da sua realização, como se vê de seu art. 32.

24. A mera alegação no sentido de que os editais não foram publicados em jornais de grande circulação local não pode ter o condão de invalidar o procedimento administrativo, levado a efeito pelo agente financeiro de acordo com as regras traçadas pelo Decreto-lei 70/66, até porque não se provou a inobservância de tal legislação.

25. Recurso improvido. Sentença mantida.

(AC nº 2004.61.02.011505-8/SP, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, j. 12/04/2008, v.u.)

Por fim, deixo consignado que a restituição dos valores cobrados a maior pelo agente financeiro deverá ocorrer mediante compensação com as prestações vincendas imediatamente subseqüentes, ou por meio de devolução em espécie, não sendo admitida a compensação com o saldo devedor, nos exatos termos do artigo 23 da Lei nº 8004/90, in verbis:

Art. 23. As importâncias eventualmente cobradas a mais dos mutuários deverão ser ressarcidas devidamente corrigidas pelos índices de atualização dos depósitos de poupança, em espécie ou através de redução nas prestações vincendas imediatamente subseqüentes.

Nesse sentido, é o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - MÚTUO HABITACIONAL - SFH - COMPENSAÇÃO DE VALORES EXIGIDOS A MAIOR PELO AGENTE FINANCEIRO CO O SALDO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE - ART. 23 DA LEI Nº

8.004/90.

A compensação de eventuais valores cobrados a mais pelo agente financeiro deve ser feita em espécie ou com as prestações vencidas, nos exatos termos do art. 23 da Lei nº 8.004/90.

PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO.

(RESP nº 200601239437/ SC, 4ª Turma, Relator Massami Uyeda, DJ 24/03/2008, pág. 1)

AGRAVO REGIMENTAL - FINANCIAMENTO OBTIDO NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL - VALORES COBRADOS A MAIOR - COMPENSAÇÃO COM O SALDO DEVEDOR - INADMISSIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. À luz do art. 23 da Lei n. 87.004/90, em se tratando de financiamento contraído no âmbito do SFH, a restituição dos valores eventualmente cobrados a maior pelo agente financeiro ocorrerá mediante compensação com as vincendas imediatamente subseqüentes ou por meio de devolução em espécie, inadmitida, todavia, a compensação com o saldo devedor.

2. Agravo regimental improvido.

(AGRESP nº 200701738131 / RS, 4ª Turma, Relator Massami Uyeda, DJ 17/03/2008, pág. 1)

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional. SFH. Compensação entre valores pagos a maior e as prestações vincendas. Possibilidade. Ausência de novos argumentos.

- Cabível a restituição dos valores eventualmente pagos a maior pelo mutuário, com fulcro no art. 23 da Lei 8.004/90, preferencialmente mediante a compensação com prestações vincendas ou, em inexistindo prestações passíveis de integrem o encontro de contas, via de devolução em espécie. Precedentes.

- Não tendo a agravante trazido argumentos capazes de ilidir os fundamentos da decisão agravada, é de se negar provimento ao agravo. Agravo no recurso especial não provido.

(AGRESP nº 200700490487 / RS, 3ª Turma, Relatora Nancy Andrighi, DJ 26/11/2007, pág. 184)

No que se refere ao prequestionamento de matéria ofensiva a dispositivos de lei federal e de preceitos constitucionais, tendo sido o recurso apreciado em todos os seus termos, nada há que ser discutido ou acrescentado aos autos.

Quanto aos encargos de sucumbência, são ônus do processo e devem ser suportados pelo vencido. Assim, em conformidade com o artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, deve a parte autora arcar com o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa devidamente atualizado

Diante do exposto, REJEITO as preliminares, NEGO SEGUIMENTO aos recurso da parte autora e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da CEF, somente para excluir a incidência do Coeficiente de Equiparação Salarial-CES, sendo que a restituição dos valores cobrados a maior deverá ocorrer mediante compensação com as prestações vincendas imediatamente subseqüentes, e, quando não mais houver prestações a vencer, por meio de devolução, em espécie, aos autores, acrescidos de correção monetária, desde a cobrança indevida, pelos índices aplicados na caderneta de poupança, e de juros de mora, a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do novo texto da Lei Civil, quando incidirá o disposto em seu artigo 406, sem cumulação com qualquer outro índice.

Publique-se e intime-se."

O autor embargou de declaração, inclusive para fins de prequestionamento (fls. 288/290), alegando omissão no julgado que não teria se manifestado acerca do sobrestamento de todas as ações em grau de recurso em andamento, no país, que tratam das diferenças de correção de cadernetas de poupança, suspendendo, assim, o entendimento do E. STJ. Ademais, sustenta que ao consignar que a atualização prévia do saldo devedor a preceder a amortização da prestação paga não ofende o disposto no artigo 6º, letra "c", da Lei nº 4.380/64 o acórdão incorreu em contradição porque o artigo 6º da Lei nº 4.380/64 não dispõe sobre a forma de reajustee sim a Resolução administrativa BACEN 1980/90.

É o Relatório.

Decido.

Não merecem prosperar os embargos declaratórios opostos.

Com efeito, a decisão embargada analisou adequadamente a lide posta nos autos, fundamentando as razões pelas quais chegou à conclusão contida na parte dispositiva.

Assim, não se vislumbra qualquer omissão, contradição ou obscuridade a autorizar o manejo dos presentes

embargos, porquanto o acórdão encontra-se bem fundamentado, restando claro o posicionamento adotado.

Na verdade, podemos crer pretender(em) o(s) embargante(s) o reexame da matéria e a obtenção de efeito modificativo do julgado, o que é inadmissível (TRF 3ª Região, Embargos de Declaração em REO n. 93.03.016225-0, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 02/10/1996, v.u., DJ: 23/10/1996).

Aparentemente pretende(m) o(s) embargante(s) apenas prequestionar a questão, a fim de abrir a via especial ou extraordinária. Contudo, o acórdão já examinou totalmente o tema, sendo que tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal aquiescem ao afirmar não ser necessária menção a dispositivos legais ou constitucionais para que se considere prequestionada uma matéria, bastando que o Tribunal expressamente se pronuncie sobre ela (Resp 286.040, DJ 30/6/2003; RE 301.830, DJ 14/12/2001).

Por outro lado, cumpre salientar que "o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes". "Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio" (in "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, 35.ª edição, ed. Saraiva, nota 2a ao artigo 535).

Em tais sentidos, é remansosa a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, da qual extraímos, ilustrativamente, os julgados assim ementados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando "houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição"; ou "for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal" (artigo 535 do Código de Processo Civil).

2. (omissis)

3. Os embargos de declaração não se prestam ao reexame de matéria já decidida, sendo certo que a pretensão de ver a rediscussão do tema à luz do dispositivo constitucional, alegadamente relevante para a solução da quaestio juris, na busca de decisão que lhe seja favorável, apresenta-se manifestamente incabível em sede de embargos declaratórios, cujos limites encontram-se previstos no artigo 535 do Código de Processo Civil.

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos (cf. EdclEDclREsp 89.637/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, in DJ 18/12/98).

5. (omissis)

6. Embargos rejeitados."

(EDROMS nº 11732, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18.9.2003, v.u., DJ 28/10/2003)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REAJUSTE DE 10,87%. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL, OMISSÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DA CONTENDA. IMPOSSIBILIDADE. MENÇÃO EXPRESSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESNECESSIDADE. FATO SUPERVENIENTE. DESCABIMENTO.

I - São cabíveis embargos declaratórios quando houver na decisão embargada qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do decisum embargado. Inviável, entretanto, a concessão do excepcional efeito modificativo quando, sob o pretexto de ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, é nítida a pretensão de discutir matéria já exaustivamente apreciada.

III - (omissis)

IV - Não configura omissão ou obscuridade do julgado a falta de menção expressa a dispositivos constitucionais suscitados pela parte. Embargos rejeitados."

(EDRESP 470896, Quarta Turma, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 15/05/2003, v.u., DJ: 30/06/2003)

Portanto, os embargos de declaração são inadequados à modificação do pronunciamento judicial proferido, devendo a parte irresignada valer-se do recurso cabível para lograr tal intento.

Ante o exposto, não contendo o acórdão embargado qualquer obscuridade, contradição ou omissão, conheço os

embargos de declaração opostos, mas rejeito-os.

Intime-se.

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

São Paulo, 11 de dezembro de 2012.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Convocado

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000031-58.2006.4.03.6121/SP

2006.61.21.000031-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : LEANDRO BIONDI e outro
APELADO : WANDER DE PAULA
ADVOGADO : RUTE APARECIDA PEREIRA LIMA e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Wander de Paula contra a sentença de fls. 45/51, que julgou parcialmente procedente o pedido de restituição dos valores recebidos indevidamente a título de FGTS, acrescidos de juros de 1% ao mês e de atualização monetária, a partir de 04 de abril de 2005, determinando a sucumbência recíproca.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) o "(...) autor recebeu o valor de R\$ 5.043,00, em 10/07/1996, sendo que o mesmo só tomou conhecimento que supostamente era indevido, 09 anos e meio, depois, isto, através da presente ação";
- b) "devido a ação só ter sido proposta em 04 de abril de 2005, conforme demonstrativo de fls. 14, o débito foi acrescido correção monetária e juros de mora, que quase triplicou o valor recebido na época, lesando ainda mais o autor, que recebeu de boa-fé, que também não possui condições financeiras para devolução do valor pleiteado";
- c) "não é pelo fato de tomar conhecimento só agora do que aconteceu entre os bancos que passa a ser considerado possuidor de má-fé" (fls. 57/62).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 71/72).

Decido.

FGTS. Saldo incorreto. Comind. Consoante estabelece o art. 876 do Novo Código Civil, todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. À vista dessa disposição, não se sustenta a política do fato consumado, isto é, de que a eventual movimentação da conta vinculada consolida o direito do correntista sobre o valor decorrente de erro na transmissão de informações pelo Comind. Nesse sentido, o art. 309 do Novo Código Civil, segundo o qual o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que provado depois que não era credor, deve ser interpretado em favor daquele que realiza o pagamento, que fica liberado perante o real credor, sem que daí se conclua que o credor ilegítimo possa se apropriar do valor correspondente. A boa-fé do correntista do FGTS não é panacéia que o torne imune às regras jurídicas que impedem o enriquecimento sem causa, implicando seu dever de restituir o indébito na hipótese de já ter movimentado sua conta vinculada, cuja impenhorabilidade (Lei n. 8.036/90, art. 2º, § 2º) não se comunica à totalidade do patrimônio do correntista, pois inconfundíveis. Não medra a objeção de que a impenhorabilidade da conta vinculada subsistiria sobre o valor indevidamente recebido pelo correntista. Por outro lado, ainda se admita a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (o que é duvidoso dada a disciplina legal específica do FGTS), a norma do seu art. 42, parágrafo único, impede que o consumidor seja exposto a ridículo ou submetido a constrangimento ou ameaça. Mas não é isso que se verifica quando a instituição financeira limita-se a comunicar a existência da irregularidade e insta o correntista à correspondente regularização segundo as formas juridicamente admissíveis. De resto, não há falar em cobrança de quantia indevida, pois na hipótese de irregular movimentação a cobrança é, claro está, devida. É admissível, conforme as circunstâncias, a compensação, em conformidade com o art. 369 do

Novo Código Civil, visto ser esse, com efeito, o procedimento usual na escrita da conta vinculada do FGTS. Não há dúvida de que àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro (NCC, art. 877). Contudo, para tanto não é necessária prestação de contas (CPC, arts. 914 e segs.), pois todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (CPC, art. 322). Restam ainda algumas considerações sobre a denúncia da lide e a prescrição. Quanto à primeira, somente é admissível nos termos do art. 70 do Código de Processo Civil, o que não sucede na espécie: dizer que o banco depositário é responsável pelos lançamentos efetuados nas contas vinculadas durante o período em que estiverem sob sua administração (Decreto n. 99.684/00, art. 24) não possa ser corrigida falha procedimental. Dito de outro modo, o dano ao Fundo é causado menos pela falha, cuja regularização se objetiva, que pela apropriação do numerário por quem não é dele titular. Pelas mesmas razões, não há falar em "responsabilidade objetiva" decorrente de negligência, imperícia ou qualquer outro fundamento (cfr. NCC, arts. 186, 187, 927, parágrafo único), pois a causa do dano está na apropriação, que afeta o volume de recursos do FGTS, não no equívoco concernente à transmissão de informações à CEF. Em verdade, o erro não acarreta dano ao correntista que suscita responsabilidade objetiva, mas sim seu enriquecimento sem causa. Por fim, algumas considerações sobre a prescrição. Conforme o art. 2.028, serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Sob a vigência do Código Civil de 1916, era aplicável o seu art. 177, que estabelecia o prazo de 20 (vinte) anos para a prescrição das ações pessoais. Atualmente, é aplicável o prazo prescricional de 3 (três) anos para pretensão relativa ao enriquecimento sem causa. Cumpre verificar, caso a caso, se, contado da data do saque até a entrada em vigor do Novo Código Civil (11.01.03), transcorreram 10 (dez) anos, situação em que se aplica o prazo da lei anterior. Caso contrário, aplica-se o prazo da lei nova.

Ausência de provas. Ônus do autor. Improcedência. O inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que cabe ao autor comprovar os fatos que sejam constitutivos de seu direito. Desse modo, a mera alegação da existência de direito não pode servir de fundamento à sua pretensão, implicando na improcedência do pedido inicial:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que se entendeu pela anulação da sentença porque "[a]usentes, nos autos, os elementos probatórios imprescindíveis ao exame da causa, [...], a ensejar a adequada instrução do processo".

2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação ao art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que incumbia à parte autora fazer prova do que alegou na inicial, razão pela qual, reconhecida a inexistência de prova dos fatos constitutivos de seu direito, correto seria o julgamento de improcedência do pedido, e não a anulação da sentença a fim de que fossem produzidas novas provas, as quais, em momento algum, foram solicitadas na primeira instância pela própria parte autora.

3. O chamado "ônus da prova" é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao non liquet, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos.

4. Ainda acerca do direito probatório, convém ressaltar que, via de regra, a oportunidade adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção.

(...)

9. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor.

10. Na espécie, tem-se ação condenatória cujo objetivo é ver a União ressarcir a parte autora por pagamentos derivados de contratos administrativos e realizados com atraso, sem, contudo, fazer incidir a correção monetária.

11. A partir do acórdão que veio a enfrentar embargos infringentes, fica evidenciado que a parte autora simplesmente deixou de, em sua inicial, juntar documentos básicos que comprovassem sua pretensão, provas estas que estavam ao seu alcance produzir - e, mais do que isto, cuja produção a ela é imputada por lei. Trechos do acórdão recorrido (fls. 342/343, e-STJ).

(...)

14. Sendo caso de direitos disponíveis (em relação à autora) e tendo ela permanecido silente em réplica e quando chamada a se manifestar pela produção de outras provas, na verdade, é caso puro e simples de sentença de

improcedência. Não há nulidade a ser declarada porque todo o iter processual foi seguido estritamente na forma da lei, sob pena de o Tribunal de origem estar se substituindo às partes na condução de seus interesse patrimoniais (malversação do princípio do dispositivo).

15. *A formação de coisa julgada material em desfavor da parte autora, longe de ser pena demasiada, é mera consequência de sua desídia na formação do conjunto probatório, desídia esta que não justifica a anulação de sentença proferida nos termos da lei.*

16. *Recurso especial provido a fim de julgar o processo extinto com resolução de mérito pela improcedência do pedido.*

(STJ, 2ª Turma, REsp n. 840.690/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.10)

Do caso dos autos. Trata-se de demanda ajuizada pela Caixa Econômica Federal contra Wander de Paula, objetivando a restituição dos valores recebidos indevidamente a título de FGTS, acrescidos de juros de 6% a. a. e atualização monetária. A CEF juntou aos autos os documentos de fls. 10/17 (extrato da conta vinculada a partir de 10.06.93, comprovante de levantamento do saldo, nota de cálculo do débito, comunicação de inconsistência do banco Comind e correspondência enviada ao réu).

A sentença impugnada julgou parcialmente procedente o pedido, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, condenando a ré à devolução dos valores demandados pela CEF.

Assiste razão ao apelante.

Os documentos juntados pela CEF não são suficientes para demonstrar o alegado erro na transferência de valores entre os bancos. Os extratos de fls. 10/12 referem-se a período posterior às transferências. Não há extratos do período anterior, seja do banco Itaú, seja do extinto banco Comind, e tampouco foi realizada perícia. Observe-se que, apesar de intimada para manifestar-se acerca de interesse em produção de provas (fls. 40/41), a autora ficou-se inerte.

Não sendo devidos ao apelante os valores por ele levantados de sua conta, fica obrigado a restituí-los, para impedir o enriquecimento sem causa, a teor do art. 964 do Código Civil então vigente, correspondente ao art. 876 do Código Civil de 2002. Entretanto, é ônus da parte autora demonstrar o quanto alegado, ônus do qual não se desincumbiu.

Merece, portanto, ser reformada a sentença para julgar improcedente o pedido.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, com fundamento no art. 269, I, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil. Condeno a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que ora fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0017356-36.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.017356-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : HEROI JOAO PAULO VICENTE e outro
APELADO : RENATO HENRIQUE WALCKIERS
ADVOGADO : MARIO MAFRA NETO e outro
No. ORIG. : 00173563620114036100 14 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 113/116, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a CEF ao pagamento de custas processuais, bem como dos honorários

advocáticos, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) "(...) por ocasião do saque em sua conta vinculada de FGTS, ocorreu pagamento a maior no valor de R\$ 2.123,59 (dois mil cento e vinte e três reais e cinquenta e nove centavos), decorrente do atestado médico emitido pela Dra. Vanessa Aparecida Ribeiro Dalpra, por não conter as informações legais exigidas, permitindo apenas o saque parcial da conta";

b) "(...) a documentação apresentada pelos Apelados não continha o estágio clínico atual da moléstia e do enfermo", de modo que era possível apenas o saque parcial dos valores depositados;

c) "diferentemente do que foi externado pelo MM. Juízo 'a quo', não houve erro e nem negligência por parte da Apelante", pois "as análises de documentação são feitas por empregados treinados e que seguem rigorosamente o Normativo competente";

d) "(...) como os apelados não apresentaram a documentação que atendia os ditames do Normativo, a Apelante não poderá ser responsabilizada" (fls. 123/124).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 131/137).

É o relatório.

Decido.

FGTS. Movimentação. Moléstia grave. A jurisprudência assentou o entendimento de que o rol de hipóteses de moléstias que ensejam a movimentação do FGTS não é taxativo (Lei n. 8.036/90, art. 20, XI, XIII, XIV), cumprindo examinar a situação concreta do correntista para esse efeito:

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS DE FGTS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELECADA NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 2. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 3. Possibilidade de liberação do saldo do FGTS não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por ser o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantia fundamental assegurada constitucionalmente. 4. In casu, o recorrido ajuizou ação ordinária, objetivando o levantamento do seu saldo da conta vinculada ao FGTS, para atender à necessidade grave de seu filho menor de idade, portador de Pan Encefalite Exclerosante Sub Aguda, necessitando dos respectivos valores para tratamento, tendo em vista o alto custo dos medicamentos necessários, e dos exames que são realizados periodicamente, além dos gastos com a fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional. 5. Recurso especial improvido.

(STJ, RESSp n. 848637, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.10.06)

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELECADA NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de liberação do saldo existente na conta vinculada do FGTS para tratamento de doença grave, qual seja, esquizofrenia, da qual é portador o filho do autor, sendo o tratamento de elevado custo, e não tendo o autor meios para arcar com o mesmo. 2. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 3. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 4. Liberação do saldo do FGTS para tratamento de doença grave não elencada na lei de regência, mas que se justifica, figurar a saúde como garantia constitucional, direito de todos e dever do Estado. 5. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp n. 671795, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.02.05)

ADMINISTRATIVO. FGTS. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA VINCULADA. MAL DE PARKINSON. HIPÓTESE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE NA LEGISLAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO.

POSSIBILIDADE DE SAQUE. 1. A jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a lista constante do artigo 20 da Lei 8.036/90 não é taxativa, sendo possível a movimentação da conta vinculada em situações de doença grave do trabalhador ou de seus dependentes, mesmo que não haja previsão legal específica. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp n. 630602, Rel. Min. Denise Arruda, j. 02.09.04)

FGTS - LEVANTAMENTO DE SALDO - DOENÇA GRAVE - NECESSIDADE GRAVE E PREMENTE - LIBERAÇÃO - (...) - RECURSO DA CEF PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

(...) 2. A dicção do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Assim, com o intuito de conferir ao artigo 20, inciso XI, da Lei 8036/90 aplicação que esteja em consonância com a nobreza de propósitos com que a norma deve ser interpretada, há que ser deferido o pleito da parte autora, que demonstrou, por meio dos documentos trazidos aos autos, a veracidade de suas afirmações, ou seja, que necessita do numerário a fim de

custear tratamento médico, para controle de moléstia grave - hepatide C - que a acomete desde 1993. 3. Em consulta ao sítio da Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas, Hospital de Clínicas (www.fcm.unicamp.br), pode-se obter o PROTOCOLO DE TRATAMENTO DE HEPATITE C CRÔNICA, necessário para a compreensão do estado grave de saúde do autor. No caso, a despeito de não haver previsão específica e expressa na lei, dita movimentação impõe-se, diante da gravidade da situação vivenciada pela parte autora. 4. Não havendo norma que vede o levantamento do saldo do FGTS, na ocorrência de necessidade grave e premente deve a questão trazida ao Judiciário ser considerada como hipótese de saque, independentemente de haver expressa autorização legal. (...) 6. Recurso da CEF parcialmente provido. 7. Sentença reformada em parte. (TRF da 3ª Região, AC n. 200661080049191, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 17.08.09)

PROCESSO CIVIL. FGTS. SAQUE. DOENÇA GRAVE. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 20 DA LEI 8.036. POSSIBILIDADE. (...) APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1 - Possibilidade de liberação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do trabalhador, ainda que não seja um dos casos elencados no artigo 20 da Lei nº 8.036/90, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, autor sofre de Mal de Parkinson, maior de sessenta anos, aposentado por invalidez autor pleiteia apenas o valor referente à correção dos saldos pela LC 110/2001. 2 - Autor aposentado por invalidez, visualização da hipótese autorizadora de movimentação da conta fundiária prevista no inciso III do artigo 20 da Lei 8.036/90. 3 - Não há previsão expressa de hipótese de ser o trabalhador acometido de Mal de Parkinson. Não é possível admitir-se como taxativas as previsões legais, em razão da dificuldade do legislador em prever as inúmeras situações de fato. (...) 6 - Apelação parcialmente provida. (TRF da 3ª Região, AC n. 200361000143433, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 29.07.08)

Do caso dos autos. A sentença não merece reforma. O art. 20 da Lei n. 8.036/90 não estabelece, para a hipótese de moléstia do trabalhador ou de seus dependentes, qualquer limitação no sentido de que apenas seria possível levantar a quantia existente em conta até a data constante do laudo médico que comprova a existência da doença, como quer a CEF.

A doença da genitora do autor, grave, foi amplamente comprovada por laudo e atestado médico (fls. 10/40). Sabe-se dos altos custos de medicamentos e tratamentos médicos, que tornam premente a necessidade do autor de movimentar os valores de sua conta vinculada (TRF da 3ª Região, AC n. 0012037-65.2008.4.03.6109, Rel. Des. Fed., j. 29.11.11; AC n. 2009.03.00.000798-6, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, j. 21.01.09; TRF da 1ª Região, AMS n. 200838000199866, Rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Augusto Pires Brandão, j. 31.08.09; TRF da 1ª Região, AC n. 200871000184710, Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti, j. 21.09.09).

Ainda que fosse admissível à CEF estabelecer o limite temporal nos termos requeridos, o que é questionável, não medra a alegação de que haveria enriquecimento ilícito por parte do réu, pois os valores movimentados eram e são, em sua integralidade, de propriedade do trabalhador, como bem apontado pela MM. Juíza *a quo*. Não seria razoável exigir do réu a devolução, com juros e correção monetária, de valores que, ao final, lhe pertencem e que foram movimentados de acordo com os requisitos legais.

Nesse sentido, comprovada a hipótese de que sua genitora e dependente é portadora de neoplasia maligna, impõe-se a improcedência do pedido inicial da CEF, em respeito aos direitos fundamentais da vida, da saúde e da dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da CEF, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00011 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0041108-29.2001.4.03.9999/SP

2001.03.99.041108-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : DUBLATEX IND/ E COM/ LTDA massa falida

ADVOGADO : TORQUATO DE GODOY
REMETENTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1 VARA DE SANTA BARBARA D OESTE SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 95.00.00006-9 1 Vr SANTA BARBARA D OESTE/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela União contra a decisão de fls. 87/89v, que negou provimento ao reexame necessário e à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra a sentença de fls. 39/42, proferida em embargos à execução fiscal opostos por Dublatex Indústria e Comércio Ltda. (massa falida), que julgou parcialmente procedente o pedido para excluir do débito a multa moratória e consignar a incidência de juros e correção monetária até a data da quebra, bem como, em face da sucumbência recíproca, estabelecer que cada parte arque com as custas processuais e honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) preliminarmente, a inadmissibilidade dos embargos, visto que a penhora realizada no rosto dos autos não se prestou para garantir a execução, bem como a irregularidade na representação processual da massa falida, tendo em vista que o síndico nomeado não juntou aos autos o termo de compromisso;

b) no mérito, pugna pela não exclusão da multa moratória e pela manutenção dos juros e correção monetária no débito, assim como requer seja a embargante condenada por litigância de má-fé (fls. 45/49).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 58/60).

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo não acolhimento das preliminares e pelo não provimento da apelação (fls. 75/82).

A fl. 84 foi ofertada à apelada a oportunidade de regularizar sua representação processual, contudo o prazo decorreu sem manifestação (fl. 86).

Decido.

Insuficiência da penhora e oferecimento de embargos. *A alegação de que a penhora é insuficiente para cobrar o valor do débito exequendo não autoriza a conclusão de serem inadmissíveis embargos de devedor, na medida em que contra este já está a pesar a mencionada constrição judicial. Não é razoável excogitar que o Estado possa iniciar a invasão patrimonial, mas que o sujeito não possa exercer seu direito de defesa contra a ação estatal. Ademais, a insuficiência da penhora é sanada pela respectiva ampliação, sem que daí derive a privação do direito de defesa constitucionalmente assegurado ao devedor. São nessa linha os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:*

(...)

Multa fiscal. Falência. Inexigibilidade. Súmulas n. 192 e 565 do STF. *A multa fiscal com efeito de pena administrativa não se inclui no crédito habilitado em falência, tampouco a multa fiscal moratória, consoante as Súmulas n. 192 e 565 do Supremo Tribunal Federal:*

(...)

Juros moratórios. Exigibilidade. *No caso de falência, são devidos juros moratórios até a decretação da quebra e, caso haja ativo suficiente para o pagamento do principal, incidem juros também contra a massa, em razão do art. 26 da Lei de Falências (STJ, REsp. n. 50.0147-PR, Rel. Min. Jiz Fux, DJ 23.06.03, p. 279; REsp. n. 297.862-SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 11.06.01, p. 137) (REO n. 1999.61.07.01397-1, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce).*

Correção monetária. Exigibilidade. *É devida a correção monetária da massa falida, se não houve pagamento do débito nos termos do Decreto-lei n. 858/69, até a decretação da quebra. Após, assim como os juros, incide correção monetária, condicionada, entretanto, à existência de ativo (STJ, Resp n. 200800830940, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.08.08; TRF da 3ª Região, AI n. 2002.03.00.0121405, Rel. Juiz Fed. Valdeci dos Santos, j. 19.03.09; AC 200803990348863, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 10.11.08).*

Do caso dos autos. *Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela massa falida Dublatex Indústria e Comércio Ltda., cuja sentença julgou parcialmente procedente o pedido para excluir da dívida a multa moratória e consignar que os juros e a correção monetária deverão ser considerados até a data da quebra, incluindo no cálculo as custas e os honorários advocatícios, nos termos do art. 17, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80, bem como para estabelecer que cada parte arque com as custas processuais e honorários advocatícios de seus respectivos patronos, em função da sucumbência recíproca.*

A sentença não merece reforma.

Entendo pelo não acolhimento das preliminares arguidas, considerando que a alegada insuficiência de penhora pode ser ampliada, remediando a questão. É de se registrar que, quanto à irregularidade na representação processual da massa falida, o Juízo a quo manifestou-se no sentido de que esta se encontra superada, visto que

houve a devida nomeação do síndico representante da massa falida nos autos de falência da embargante (fl. 40). No mérito, com relação à incidência de multa moratória no débito, o entendimento está pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante as súmulas 192 e 565, as quais afirmam que não se inclui a multa no crédito habilitado em falência.

Quanto aos juros e à correção monetária, é pacífico o entendimento de que incidem juros moratórios até a decretação da falência, a teor do art. 26 do Decreto-lei n. 7.661/45, assim como, condicionada ao não pagamento do débito, é legítima a incidência de correção monetária até a data da quebra.

Por fim, no que concerne à alegação de litigância de má-fé, é de ressaltar que o exercício das faculdades inerentes ao contraditório e à ampla defesa, por meio dos recursos existentes em lei (CR, art. 5.º, LIV e LV), não configura, por si só, má-fé processual. É aceitável que a parte exerça o seu direito de recorrer dentro dos limites de sua sucumbência.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e à apelação do INSS, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

Alega-se, em síntese, que houve contradição entre a fundamentação e o dispositivo, na medida em que a decisão embargada confirmou o que restara decidido pela sentença, especialmente no que tange à incidência de juros moratórios e correção monetária sobre a massa falida, contudo negou provimento à apelação da ora embargante (fls. 94/95).

Decido.

Assiste razão à União.

A decisão embargada concluiu pela manutenção da sentença nos moldes em que foi proferida.

A União, em suas razões de apelação, reiterou o pleito de manutenção de juros e correção monetária no débito, contudo tal pleito já havia sido objeto de fundamentação da decisão de primeiro grau, a qual determinou a incidência de juros e correção monetária até a data da quebra, concluindo favoravelmente à ora embargante (fls. 45/49).

Assim, inexistente gravame que justifique a necessidade de novo provimento jurisdicional acerca da matéria, de modo que a apelação não deve ser conhecida nessa parte.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos embargos de declaração, somente para que constem da decisão embargada os esclarecimentos acima expostos e o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, conheço em parte da apelação da União e, nesta, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003067-98.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.003067-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : NAILA AKAMA HAZIME e outro
APELADO : ALUMINIO FULGOR S/A
ADVOGADO : RICARDO SCRAVAJAR GOUVEIA e outro
No. ORIG. : 00030679820114036100 10 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 80/88, que julgou procedentes os pedidos para condenar a Caixa Econômica Federal - CEF a efetuar o pagamento das diferenças resultantes da aplicação do percentual de 42,72%, referente ao IPC de 01.89, e 44,80%, correspondente ao IPC de

04.90, nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS dos empregados não optantes da autora, descontando-se o índice efetivamente utilizado na atualização do saldo existente; as diferenças devidas deverão ser atualizadas monetariamente, segundo os mesmos critérios aplicados aos depósitos do FGTS, até o momento da efetivo crédito em sua conta vinculada, acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, e condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios em favor da parte autora, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Argúi a CEF em suas razões, preliminarmente, falta de interesse de agir em face da Lei Complementar n. 110/01. Sustenta, ainda, que o ônus da apresentação dos extratos cabe aos autores e que é parte ilegítima no caso de aplicação de multa de 40% (quarenta por cento) por demissão sem justa causa ou a multa de 10% (dez por cento) prevista no Decreto n. 99.684/90, assim como é inaplicável a multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil. No mérito, aduz a legalidade do critério de remuneração das contas vinculadas ao FGTS, salvo nos meses de 01.89 e 04.90, aduz que não foram preenchidos os requisitos para concessão dos juros progressivos, que não cabe tutela antecipada em ações que impliquem saque ou movimentação da conta do FGTS, que são incabíveis a condenação em juros de mora, sobretudo anteriores a citação, e a condenação em honorários advocatícios (fls. 90/97).

A autora apresentou contrarrazões (fls. 102/113).

Decido.

Inexistência de gravame . Do interesse recursal é conseqüência do gravame que a decisão jurisdicional provoca. É do prejuízo causado à parte que nasce a necessidade da reforma da decisão judicial, pois do contrário não se poderia, pela via do recurso, estabelecer uma situação mais vantajosa à parte recorrente:

PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - NÃO CONHECIMENTO - ART. 514, II, DO CPC - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Não se conhece da apelação, por ausência de requisito de admissibilidade, se deixa o apelante de atacar especificamente os fundamentos da sentença em suas razões recursais, conforme disciplina o art. 514, II, do CPC, caracterizando a deficiente fundamentação do recurso. 2. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, 2ª Turma, REsp. n. 620558-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, j. 24.05.05, DJ 20.06.05)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RAZÕES DE APELAÇÃO.

REITERAÇÃO DOS TERMOS DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DE CONDIÇÃO ESSENCIAL AO SEU CONHECIMENTO. REGULARIDADE FORMAL. ARTIGO 514, INCISO II, DO CPC.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. (...) 1. Não conhecimento do recurso de apelação, naquilo em que a apelante se limitou a reiterar as alegações constantes de sua inicial, não atendendo, dessa forma, o requisito de admissibilidade da regularidade formal. O inciso II, do artigo 514, do Código de Processo Civil exige que o recorrente exponha os fundamentos de fato e de direito do recurso interposto, impugnando de forma clara e específica os pontos com os quais não concorda no julgado recorrido, não bastando ao apelante, portanto, fazer simples menção às suas peças anteriormente dirigidas ao Juízo de 1º grau. Precedentes jurisprudenciais neste sentido. (...).

(TRF da 3ª Região, Turma Suplementar da 1ª Seção, AC n. 92.03.046306-2, Rel. Juiz Carlos Delgado, unânime, j. 23.04.08, DJF3 12.06.08)

Do caso dos autos: Não conheço da apelação em relação às alegações referentes às multas e juros progressivos, haja vista que a sentença não tratou dessas matérias.

Juros moratórios. Incidem juros moratórios a partir da citação (CPC, art. 219, *caput*), independentemente do termo inicial da prestação devida. A taxa a ser aplicada é a prevista na legislação civil: 0,5% a. m. (meio por cento ao mês) até 10.01.03, enquanto esteve em vigor o art. 1.062 do Código Civil de 1916 e, a partir de 11.01.03, nos termos do art. 406 do atual Código Civil, que determina a aplicação da taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos da Fazenda Pública, a taxa Selic (Lei n. 8.981/95, art. 84, I).

Esse entendimento decorre do que restou assentado nos Embargos de Declaração em Apelação Cível n.

2001.61.09.001126-5, no qual a CEF sustentou a inviabilidade de cisão temporal, de modo a fazer incidir 2 (duas) taxas de juros sucessivamente, sob pena de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis e ao da segurança jurídica. Ficou decidido que não há retroatividade, pois se determina a aplicação da nova regra somente a partir de sua vigência (11.01.03). Ademais, ainda que o cabimento dos juros e o respectivo *quantum* sejam regidos pela lei vigente quando a mora se constitui, esta protrai no tempo. Dado que os efeitos da mora subsistem e considerado o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve ser aplicada a lei nova, à mingua de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, como estabelece o art. 2.035 do atual Código Civil:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Não há direito adquirido, pois o vencimento dos juros ocorre no futuro. Não há ato jurídico perfeito imune a lei nova, dado não serem os juros decorrentes de inovação das partes (cfr. ED em Apelação Cível n. 2001.61.09.001126-5, Rel. André Nabarrete, unânime, j. 14.06.04)

Quanto à definição da taxa, tal é tarefa do legislador. Atualmente, incide a taxa Selic, instituída para essa finalidade pela Lei n. 8.981, de 20.01.95, art. 84, I.

Como tais juros refletem a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia pra títulos federais, acumulada mensalmente (Lei n. 9.065/95, art. 13), sua incidência exclui a simultânea atualização monetária, sob pena de indevido *bis in idem*.

Correção monetária. A pretensão concernente a expurgos inflacionários ou juros progressivos não se reveste de caráter tributário, o que afasta a atualização aplicável às contribuições ao FGTS (Manual de Cálculo aprovado pela Resolução n. 134/10, Capítulo II, "Dívida Fiscal"). Trata-se de demanda condenatória e, portanto, a atualização do *quantum debeatur* deve ser feita em conformidade com a Lei n. 6.899/91, isto é, "como qualquer outro débito judicial" (STJ, 2ª Turma, REsp n. 629.517-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, j. 05.05.05, DJ 13.06.05, p. 250). Assim, é aplicável o referido Manual, Capítulo 4, "Ações condenatórias em geral".

A partir de 11.01.03, quando entrou em vigor o Novo Código Civil, incide tão-somente a Selic (NCC, art. 406 c. c. art. 48, I, da Lei n. 8.981/95). Por cumular correção monetária e juros, a incidência da Selic impede o simultâneo cômputo de juros moratórios ou remuneratórios.

Não é possível aplicar os critérios de atualização ou remuneração das cadernetas de poupança. Como dito, incide a Lei n. 6.899/91, o que afasta a aplicabilidade do art. 13 Lei n. 8.036/91. Entende-se que, não podendo o correntista movimentar sua conta vinculada, "a CEF procederá à escrituração do valor apurado na liquidação da sentença e, a partir daí, o depósito será corrigido pela tabela JAM" (STJ, 2ª Turma, REsp n. 629.517-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, j. 05.05.05, DJ 13.06.05, p. 250).

FGTS. Honorários advocatícios. Isenção. Art. 29-C da Lei n. 8.036/90. MP n. 2.164-40/01. ADIn n. 2.736.

Inconstitucionalidade. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.736, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.164-40/01 que introduziu o art. 29-C na Lei n. 8.036/90, o qual previa a isenção quanto aos honorários advocatícios nas demandas entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas.

Do caso dos autos. A sentença julgou procedente os pedidos para condenar a Caixa Econômica Federal - CEF a efetuar o pagamento das diferenças resultantes da aplicação do percentual de 42,72%, referente ao IPC de 01.89, e 44,80%, correspondente ao IPC de 04.90, nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS dos empregados não optantes da autora, descontando-se o índice efetivamente utilizado na atualização do saldo existente; as diferenças devidas deverão ser atualizadas monetariamente, segundo os mesmos critérios aplicados aos depósitos do FGTS, até o momento da efetivo crédito em sua conta vinculada, acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, e condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios em favor da parte autora, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Logo, verifica-se que a decisão não está conforme o entendimento deste Tribunal quanto aos critérios de correção monetária e juros de mora, merecendo reforma nessa parte.

Ante o exposto, conheço em parte da apelação e, nesta, **DOU-LHE PROVIMENTO** para fixar os critérios de correção monetária e juros de mora, nos termos acima explicitados, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00013 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0003071-63.2010.4.03.6103/SP

2010.61.03.003071-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
PARTE AUTORA : TANIA ZILLIO CONSCIENTIZACAO CORPORAL S/C LTDA
ADVOGADO : VIVIANE SIQUEIRA LEITE e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J CAMPOS SP
No. ORIG. : 00030716320104036103 1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 86/90, que concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que promova à análise e conclusão do pedido administrativo n. 37318.000046/2002-35, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei.

As partes não interpuseram recurso (fl. 98).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do reexame necessário (fls. 101/102v.).

Decido.

Prazo para conclusão. Processo administrativo fiscal. Lei n. 11.457/07: 360 (trezentos e sessenta) dias.

Consoante dispõe o art. 24 da Lei n. 11.457, de 16.03.07, é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA (...).

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJE 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005).

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

(...)

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento *sub judice*. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp n. 1.138.206, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.10, destaques no original)

Do caso dos autos. Pretende a impetrante a análise do Processo Administrativo n. 37318.000046/2002-35, que estava pendente de julgamento desde 2002, no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável uma única vez, por igual período, conforme previsto pelo art. 59 da Lei n. 9.784/99 (fl. 23).

O Processo Administrativo foi protocolizado em 2002 (fl. 22) e o presente mandado de segurança foi impetrado em 23.04.10 (fl. 02). Portanto, decorreu prazo maior que o máximo de 360 (trezentos e sessenta dias), previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/07 para que seja proferida decisão administrativa, de modo que é justificável a concessão da ordem, devendo ser mantida a sentença.

Cumprir registrar que, ainda que se considere a data do efetivo recebimento do pedido de restituição como sendo 27.11.07 (fl. 54), o prazo razoável para a conclusão do processo já terá transcorrido.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00014 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0002027-47.2012.4.03.6100/SP

2012.61.00.002027-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
PARTE AUTORA : MAGTEC ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : ARGEMIRO MATIAS DE OLIVEIRA e outro
PARTE RÉ : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00020274720124036100 3 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 240/242v., que concedeu a segurança para confirmar a liminar que determinou à autoridade impetrada a apreciação dos pedidos administrativos de restituição de contribuições recolhidas a maior (fls. 37/62) no prazo de 30 (trinta) dias, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à Lei n. 12.016/09. Custas *ex lege*.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (fl. 256).

Decido.

Prazo para conclusão. Processo administrativo fiscal. Lei n. 11.457/07: 360 (trezentos e sessenta) dias.

Consoante dispõe o art. 24 da Lei n. 11.457, de 16.03.07, é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA (...).

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda

Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJE 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005).

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

(...)

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp n. 1.138.206, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.10, destaques no original)

Do caso dos autos. Pretende a impetrante a análise dos Processos Administrativos de fls. 37/62, conforme previsto pela Lei n. 9.711/98, dentre outras (fl. 22).

Os Processos Administrativos foram protocolizados em 09.03.09 (fl. 37/62) e o presente mandado de segurança foi impetrado em 06.02.12 (fl. 02). Portanto, decorreu prazo maior que o máximo de 360 (trezentos e sessenta dias), previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/07 para que seja proferida decisão administrativa, de modo que é justificável a concessão da ordem, devendo ser mantida a sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019386-15.2009.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : ELBY RICARDO DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO VIANNA CARDOSO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : EVERALDO ASHLAY SILVA DE OLIVEIRA e outro
No. ORIG. : 00193861520094036100 3 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Fls. 121/126: A parte autora requer a suspensão do leilão designado para o dia 13/11/2012, sob o fundamento de que a execução extrajudicial prevista na Lei nº 9.514/97 é uma modalidade de cobrança extrajudicial incompatível com os princípios do Juiz natural, do contraditório e do devido processo legal, que permite seja o devedor desapossado do imóvel financiado, antes que o devedor possa exercer qualquer defesa eficaz.

Diante da ausência de argumentos que modifiquem o entendimento deste Relator, peço vênha para transcrever a decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 2010.03.00.002189-4, adotando como razão de decidir os fundamentos ali expostos:

"(...)

Para a concessão do efeito suspensivo, faz-se necessária a presença de dois requisitos: lesão grave e de difícil reparação e relevância da fundamentação, nos termos do artigo 558, caput do Código de Processo Civil.

Impende ressaltar, inicialmente, que o contrato firmado entre as partes no presente caso é regido pelas normas do Sistema de Financiamento Imobiliário, não se aplicando as normas do Sistema Financeiro da Habitação, conforme artigo 39 da Lei nº 9.514/97.

Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor ou fiduciante transmite a propriedade ao credor ou fiduciário, constituindo-se em favor deste uma propriedade resolúvel, é dizer, contrata como garantia a transferência ao credor ou fiduciário da propriedade resolúvel da coisa imóvel, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.514/97.

*Desta forma, o fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição resolutiva e, pode tornar novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida, que constitui objeto do contrato principal, ou seja, com o pagamento da dívida, a propriedade fiduciária do imóvel resolve-se, **assim como, vencida e não paga, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.***

Não obstante o regime de satisfação da obrigação seja diverso daquele aplicado pelo Decreto nº 70/66, entendo que, de igual forma, não é possível impedir qualquer providência para evitar a consolidação da propriedade do imóvel em nome da agravada, bem como de promover os leilões, haja vista que ainda assim permaneceria a mora e, conseqüentemente, o direito de constituir direito real sobre o respectivo imóvel.

Desse modo, ao realizar o contrato de financiamento imobiliário com garantia por alienação fiduciária do imóvel, o fiduciante assume o risco de, em se tornando inadimplente, possibilitar o direito de consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor/fiduciário, pois tal imóvel, na realização do contrato, é gravado com direito real, razão pela qual está perfeitamente ciente das conseqüências que o inadimplemento pode acarretar. Com efeito, entendeu-se que tal risco é conseqüência lógica da inadimplência, não havendo qualquer ilegalidade ou irregularidade na conduta do fiduciário nesse sentido, uma vez que a consolidação da propriedade plena e exclusiva em favor do fiduciário, nesse caso, se dá em razão deste já ser titular de uma propriedade resolúvel, conforme dispõe o artigo 27 da Lei nº 9.514/97.

De outra parte, para a declaração de nulidade da consolidação da propriedade do imóvel em favor da Caixa Econômica Federal, necessária a demonstração de que houveram irregularidades na execução extrajudicial, o que não se verifica nessa análise preliminar.

Por tais motivos, nego ao agravante a possibilidade de suspender a alienação do imóvel, eis que permanecerá o débito e, assim também, a possibilidade do agente fiduciário consolidar a propriedade do imóvel e promover público leilão para a alienação do imóvel.

Por fim, entendo perfeitamente aplicável à espécie os ditames do artigo 557, do Código de Processo Civil. Referido artigo, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, através de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior e, ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a

recurso, nas mesmas hipóteses acima apontadas.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Egrégia Corte:

"PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DE IMOBILIÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA IMPEDIR A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL DE ALIENAR O IMÓVEL ENTÃO OBJETO DO CONTRATO DE MÚTUO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO ALEGADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. São requisitos para a concessão da antecipação de tutela tanto a existência de prova inequívoca que convença o julgador da existência de verossimilhança da alegação da parte, quanto o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo imperioso ainda que a concessão da medida requerida não implique em perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (artigo 273 do Código de Processo Civil). 2. No caso dos autos não restou comprovada a necessária verossimilhança do alegado. 3. O contrato de mútuo foi firmado sob a égide do Sistema Financeiro Imobiliário, no qual o imóvel garante a avença mediante alienação fiduciária - e não hipoteca. Tal procedimento é regulado pela Lei nº 9.514/97. 4. Em havendo descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, a propriedade será consolidada em nome da Caixa Econômica Federal (artigo 26 da Lei nº 9.514/97). Assim, diante da especificidade da lei em comento, não há que se cogitar da aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular. 5. A teor da cópia da matrícula do imóvel, observa-se que os agravantes, devidamente notificados nos termos do referido artigo 26, não purgaram a mora, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da Caixa Econômica Federal. 6. De se notar ainda que não há no instrumento qualquer documento que infirme o quanto disposto na referida averbação da matrícula do imóvel. 7. Assim, a ausência de um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada inviabiliza a pretensão da parte agravante. 8. Agravo de instrumento a que se nega provimento."

(AI 200803000427510, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Johanson Di Salvo, j. 10.03.2009, v.u)

"DIREITO ADMINISTRATIVO: CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI Nº 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AGRAVO PROVIDO. I - Cópia da planilha demonstrativa de débito dá conta de que os agravados efetuaram o pagamento de somente 01 (uma) parcela de um financiamento que comporta prazo de amortização da dívida em 240 (duzentos e quarenta) meses, encontrando-se inadimplentes desde agosto de 2006. II - Mister apontar que se trata de contrato de financiamento imobiliário (Lei nº 9.514/97) em que os agravados propuseram a ação originária posteriormente à consolidação da propriedade do imóvel, em favor da Caixa Econômica Federal - CEF, no Cartório de Registro de Imóveis competente, colocando termo à relação contratual entre as partes e não havendo evidências de que a instituição financeira não tenha tomado as devidas providências para tanto. III - Ressalte-se que, não há que se confundir a execução extrajudicial do Decreto-lei nº 70/66 com a alienação fiduciária de coisa imóvel, como contratado pelas partes, nos termos dos artigos 26 e 27 da Lei nº 9514/97, não constando, portanto, nos autos, qualquer ilegalidade ou nulidade na promoção dos leilões do imóvel para a sua alienação. IV - Agravo provido." (AG 200803000112492, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 15.07.2008, v.u) (...)."

Assim, **indefiro** a liminar para suspender o leilão público do imóvel designado para o dia 13/12/2012. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035142-74.2003.4.03.6100/SP

2003.61.00.035142-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : CRISTIANE APARECIDA DE SOUZA
ADVOGADO : JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIA AUXILIADORA FRANCA SENNE

DESPACHO

Ciência à parte autora da negativa de interesse da Caixa Econômica Federal na conciliação.
Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012753-61.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.012753-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : CARLOS FERNANDES DA SILVA SANTOS e outro
: MARIA DE FATIMA DO CARMO
ADVOGADO : JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RICARDO SANTOS e outro

DESPACHO

Ciência à parte autora da negativa de interesse da Caixa Econômica Federal na conciliação.
Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024553-86.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.024553-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : JULIANO RICIERI MARCHIORETO
ADVOGADO : JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro

DESPACHO

Ciência à parte autora da negativa de interesse da Caixa Econômica Federal na conciliação.
Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015808-83.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.015808-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
: EMGEA Empresa Gestora de Ativos
ADVOGADO : MARCOS VINICIO JORGE DE FREITAS e outro
APELADO : CARLOS ALBERTO LOCATELLI MACHADO e outro
: DAMAZIA GARCIA MACHADO
ADVOGADO : FABIO ALIANDRO TANCREDI
: LUCIANE DE MENEZES ADAO

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação da r. sentença (fls. 231/243) que julgou procedente o pedido para declarar quitado integralmente o contrato, condenando a ré emitir declaração de quitação, a abstenção da inscrição do nome dos autores nos órgãos de proteção ao crédito e para a restituição das prestações pagas indevidamente, bem como ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a Caixa Econômica Federal (fls. 249/266) sustentando a impossibilidade de quitação pelo FCVS de mais de um saldo devedor remanescente, bem como que a Lei nº 8.100/90 aplica-se imediatamente, inclusive aos financiamentos em curso.

Apresentadas de contrarrazões (fls. 274/292) os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Decido.

Consolidou-se o entendimento na Corte Superior de Justiça no sentido de possibilitar a cobertura pelo FCVS de saldo devedor, ainda que haja duplo financiamento, conquanto observada a seguinte particularidade: aquisição do financiamento antes de *05 de dezembro de 1990*, data de edição da Lei nº 8.100/90.

Em casos análogos, a Corte Superior tem se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei 8.100/90, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

São precedentes: RESP nº 1133769, 824919, 1044500, 1006668, 902117, dentre outros.

A possibilidade de quitação, pelo FCVS, de saldos devedores remanescentes de financiamentos adquiridos anteriormente a *5 de dezembro de 1990* tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei 10.150/2000, a declarou expressamente; ademais de autorizar a regularização dos chamados "contratos de gaveta", consoante acima explicitado.

A Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000, que representou a conversão da Medida Provisória 1.981-54, de 23 de novembro de 2000, em seu art. 4º, alterando a redação do art. 3º da Lei nº 8.100/90, dispõe textualmente:

Art. 3º - O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS. (g.n)

A verificação dos documentos juntados aos autos, dá conta de que o contrato de mútuo fora firmado em **27 de dezembro de 1984**, portanto antes da data limite fixada no texto legal acima transcrito, demonstrando enquadrarem-se na hipótese legal.

Por outro lado, não parece razoável fazer incidir a vedação de quitação, pelo FCVS, de mais de um financiamento por mutuário, se se permitiu a contratação de vários financiamentos com a cobertura do referido fundo e se percebeu os valores a ele destinados.

Por fim, entendo perfeitamente aplicável ao presente caso, a regra prevista na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, pela qual o relator poderá negar ou dar provimento a recurso, de acordo com as hipóteses assinaladas em referido dispositivo legal.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso de

apelação interposto pela Caixa Econômica Federal, mantendo integralmente a decisão recorrida.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 12 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00020 CAUTELAR INOMINADA Nº 0036606-22.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.036606-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE : FEASA FEDERACAO DAS ENTIDADES ASSISTENCIAIS DE SANTO ANDRE
ADVOGADO : EDUARDO DOMINGOS BOTTALLO e outro
REQUERIDO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00345336719984036100 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Federação das Entidades Assistenciais de Santo André - FEASA contra a decisão de fls. 338/347, que julgou improcedente a medida cautelar e extinguiu o processo com resolução de mérito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Os honorários foram arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à vista do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e dos padrões usualmente aceitos pela jurisprudência.

Alega-se, em síntese, que, diante do julgamento da ação principal e conseqüente perda de objeto da medida cautelar, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito e deve ser afastada a condenação em honorários advocatícios (fls. 349/351).

Decido.

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...).**

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag nº 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag nº 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) **REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.**

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE.

IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.
2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisor.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGRESp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. Não medra a alegada necessidade de extinção sem julgamento de mérito e afastamento da condenação em honorários advocatícios, tendo em vista a autonomia do processo cautelar.

Não havendo qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, não cabe a oposição destes recursos para a rediscussão da causa.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00021 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007137-80.2011.4.03.6126/SP

2011.61.26.007137-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : VIACAO SANTA PAULA LTDA e outros
: VIACAO SAFIRA LTDA
: TUCURUVI TRANSPORTES E TURISMO LTDA
: VIPE VIACAO PADRE EUSTAQUIO LTDA

ADVOGADO : OSVALDO DA SILVA JUNIOR e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00071378020114036126 3 Vr SANTO ANDRE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Viação Santa Paula Ltda. e outros, proferida em mandado de segurança, contra sentença de fls. 136/136v., que julgou extinto processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, I, e art. 284, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) interpuseram recurso, que ainda não foi julgado, em face da decisão que determinou a regularização da petição inicial, para indicar o valor correto da causa e complementar o recolhimento das custas processuais;

b) não foram intimadas pessoalmente antes da extinção (fls. 145/149).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento da apelação (fls. 163/164).

Decido.

Código de Processo Civil, Art. 284. Indeferimento da Inicial. O art. 284 do Código de Processo Civil prescreve que, verificando a ausência de um dos requisitos dos arts. 282 ou 283, mandará o juiz que o autor emende a inicial, no prazo de 10 (dez) dias. O referido artigo é aplicável na hipótese de não preenchimento ou preenchimento incompleto de um ou mais desses requisitos. Na falta de regularização, aplica-se o parágrafo único do art. 284. A falta de oportunidade para emendar a petição inicial gera nulidade, no entanto, não é obrigatória a intimação pessoal. Por outro lado, a necessidade ou não de emenda deve ser analisada em cada situação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO À COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE FINSOCIAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO ATENDIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE EMENDA À INICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 284, DO CPC. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FALTA DE REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. INTIMAÇÃO REALIZADA VIA DIÁRIO DE JUSTIÇA. PRESCINDIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. INAPLICAÇÃO DO ART. 284, § 1º DO CPC. HIPÓTESE FÁTICA DIVERSA.

1. O art. 284, do CPC, prevê que 'Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.'

2. A falta da correção da capacidade processual (art. 37, § único do CPC), pressuposto de existência da relação jurídica, bem como de juntada de planilha de cálculos atualizada na fase executória pela parte devidamente intimada (fls. 104), importa na extinção do feito sem julgamento do mérito, independentemente de citação pessoal da autora, por não se tratar de hipótese de abandono da causa (art. 267, III do CPC), que a reclama (...).

(STJ, AgRg no AgRg nos EDcl no Resp n. 723.432, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.03.08)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESPACHO DETERMINANDO A EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. DESCUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA EXORDIAL.

1. Hipótese em que os agravantes deixaram de cumprir o despacho que determinou a emenda da petição inicial, apesar de devidamente intimados da decisão que indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra ele interposto.

2. O indeferimento da petição inicial, no presente caso, teve como fundamento apenas o descumprimento do despacho que ordenou a sua emenda, nos moldes do parágrafo único dos arts. 284 e 295, VI, do CPC, não sendo possível, neste momento, averiguar se a emenda era ou não necessária (...).

(STJ, REsp n. 889.052, Rel. Min. Denise Arruda, j. 22.05.07)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO INICIAL SEM DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. EMENDA. POSSIBILIDADE. ART. 284 DO CPC. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento.

2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que: - "O simples fato da petição inicial não se fazer acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação de execução, não implica de pronto seu indeferimento.- Inviável o recurso especial quando o acórdão recorrido decidiu a questão em consonância com o entendimento pacificado do STJ" (AgRg no Ag n° 626571/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 28/11/2005); - "Pacífico é o entendimento sobre obrigatoriedade de o juiz conceder ao autor prazo para que emende a inicial e, somente se não suprida a falha, é que poderá o juiz decretar a extinção do processo. Ademais, ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem intimar o autor, dando-lhe oportunidade para suprir a falha" (REsp n° 617629/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJ de 18/04/2005)

3. *Mais precedentes na linha de que não cabe a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em razão de deficiência de instrução da inicial, se o autor não foi intimado para emendá-la, cabendo tal providência mesmo depois de aperfeiçoada a citação (REsp nº 114052/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp nº 311462/SP, Rel. Min. Garcia Vieira; REsp nº 390815/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; REsp nº 671986/RJ, Rel. Min. Luiz Fux; REsp nº 614233/SC, Rel. Min. Castro Meira; REsp nº 722.264/PR, Rel. Min. Francisco Falcão; e REsp nº 439710/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.*

4. *Agravo regimental não-provido.*

(STJ, AgRg no Ag n. 908.395, Rel. Min. José Delgado, j. 27.11.07)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. EMENDA DA INICIAL. DESCUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ATO PROCESSUAL PRECLUSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 284, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

- Não foi carreada, na inicial, cópia do aludido instrumento de cessão, que o juiz a quo reputou essencial para demonstrar a legitimidade do requerente e determinou a emenda da inicial para esse fim (fl.36). Em manifestação posterior, o recorrente deixou de juntar o contrato (fls. 39/43) e, assim, foi indeferida a inicial por descumprimento da diligência (artigo 284, parágrafo único do Código de Processo Civil).

- Verifica-se, in casu, que foi dada oportunidade para a emenda da inicial, a fim de trazer aos autos, naquele momento, cópia do contrato de cessão de direitos e obrigações, de modo que não houve indeferimento sumário da petição, como sustentado nas razões recursais. Outrossim, a tardia juntada do documento requisitado, com as razões recursais (fls.60/61), não o socorre, pois o direito de praticar este ato processual está precluso (...).

(TRF da 3ª Região, AC n. 97.03.064303-5, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 18.04.05)

Do caso dos autos. Pretendem os impetrantes a obtenção de parcelamento de débitos em face das autoridades coatoras, em 180 parcelas contadas a partir da consolidação, ou para que sejam autorizadas a procederem ao depósito judicial das parcelas, em valores correspondentes a 1/180 dos débitos consolidados e determinados às autoridades coatoras que se abstenham de aplicar penalidades ou excluir as impetrantes do parcelamento da Lei n. 11.941/09. Por fim, a impetrante estipulou o valor da causa no valor de R\$ 40.000,00.

O juízo *a quo* determinou que a impetrante esclarecesse o valor dado à causa e que complementasse o recolhimento das custas processuais, sob pena de extinção, mas os apelantes não atenderam à determinação, sobrevindo sentença de extinção do processo, com fundamento no art. 267, I, e art. 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A sentença não merece reforma. Foi dada oportunidade para a parte impetrante regularizar o valor dado à causa e o recolhimento das custas, mas tal providência não foi cumprida. Esses vícios comprometem o regular andamento deste feito. Além disso, foi negado seguimento ao agravo de instrumento interposto contra a aludida decisão (fls. 131/132).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e ao reexame necessário, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se e intímese.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00022 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019553-61.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.019553-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : ALG SEGURANCA EMPRESARIAL LTDA
ADVOGADO : MARISTELA ANTONIA DA SILVA e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00195536120114036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por ALG Segurança Empresarial Ltda. contra sentença de fls. 108/115, proferida em mandado de segurança, que denegou a segurança e julgou improcedente o pedido inicial deduzido para determinar que a impetrada proceda à análise do Pedido de Restituição, no prazo de 30 (trinta) dias, e extinguiu o processo com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) aplica-se a este recurso efeito suspensivo e devolutivo, previsto nos arts. 520 e 558 ambos do Código de Processo Civil;
- b) "passaram mais de 11 meses e até momento a Apelante não teve qualquer resposta ou até mesmo a restituição dos valores apurados, pois conforme última consulta realizada todos os processos ainda estão em situação de análise";
- c) houve abuso de poder e ilegalidade no excesso de prazo para cumprir as medidas cabíveis, assim sendo pleiteia que seja proferida a decisão no prazo de 30 dias junto ao processo administrativo;
- d) busca-se nesta demanda ver assegurado o direito de receber o que lhe foi indevidamente retido, para que possa aplicar integralmente a seus lucros possibilitando o desenvolvimento e crescimento de sua atividade empresarial;
- e) aplicação do Decreto n. 2.477/80 que alterou a Lei n. 133/80 e concedeu o prazo de 30 dias para a prolação de pareceres e decisões pelo órgão administrativo;
- f) violação de direito líquido e certo pela autoridade administrativa;
- g) violação aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e eficiência, previstos nos art. 5º, LXXVIII, e art. 37, da Constituição;
- h) "resta claro e evidente que a Administração Pública, em conformidade com o artigo 48 e 49, da Lei nº 9.784/99, tem o dever de, explicitamente, emitir decisão nos processos administrativos, e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, e, concluída a instrução de processo administrativo, o prazo de 30 dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada" (fls. 122/136).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 139/143).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento da apelação (fls. 146/149).

Decido.

Prazo para conclusão. Processo administrativo fiscal. Lei n. 11.457/07: 360 (trezentos e sessenta) dias.

Consoante dispõe o art. 24 da Lei n. 11.457, de 16.03.07, é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Nesse sentido, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA (...).

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJE 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005).

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativo s do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:

"Art. 24. É obrigatória que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

(...)

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp n. 1.138.206, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.08.10, destaques no original)

Do caso dos autos. Pretendem os impetrantes a análise do Processo Administrativo n. 10830-720022/2010-51, que estava pendente de julgamento desde 17.12.10, no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável uma única vez, por igual período, conforme previsto pelo art. 59 da Lei n. 9.784/99.

O Pedido de Restituição foi protocolizado em 25.02.11 (fls. 21/58) e o presente mandado de segurança foi impetrado em 20.10.11 (fl. 02), tendo decorrido o prazo de 8 (oito) meses.

Portanto, não decorreu prazo maior que o máximo de 360 (trezentos e sessenta dias), previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/07, para que seja proferida decisão administrativa, de modo que é justificável a não concessão da ordem, devendo ser mantida a sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observadas as formalidades legais.

Publique-se e intime-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00023 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0057468-67.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.057468-2/SP

RELATOR	: Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
PARTE AUTORA	: PROREVEST REVESTIMENTOS DE POLIURETANO E PECAS ESPECIAIS LTDA
ADVOGADO	: JOÃO BURKE PASSOS FILHO : SOPHIA CORREA JORDAO
PARTE RÉ	: Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	: MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
REMETENTE	: JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO PAULO>1ª SSJ>SP
ENTIDADE	: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DESPACHO

1. Fls. 286/290: anote-se a renúncia e intime-se, pessoalmente, a autora para constituir novo procurador no prazo

de 20 (vinte) dias.

2. Decorrido o prazo sem manifestação, o processo deverá prosseguir independentemente da sua intimação (STJ, 3ª Turma, REsp n. 61.839-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.03.96, DJU 29.04.96, p. 13.414).

3. Publique-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00024 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002358-21.2011.4.03.6114/SP

2011.61.14.002358-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : EFRARI IND/ E COM/ IMP/ E EXP/ DE AUTOPECAS LTDA
ADVOGADO : RICARDO GOMES LOURENCO e outro
: RODRIGO DE CLEMENTE LOURENÇO
No. ORIG. : 00023582120114036114 2 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por EFRARI - Indústria e Comércio Importação e Exportação de Autopeças Ltda. contra a decisão interlocutória de fls. 104/104v., que deferiu o pedido de penhora do crédito da executada nos autos do processo n. 93.00-07753-8.

O recorrente apresenta estes embargos declaratórios com os seguintes objetivos:

- a) "ser esclarecida a R. Decisão proferida se a cautela deferida liminarmente limita-se a determinar a suspensão dos levantamentos das parcelas depositadas e a depositar do precatório expedido no processo 93.0007753-8 da 7ª Vara Federal de São Paulo até o trânsito em julgado da decisão que anulou a R. Sentença extintiva";
- b) "ou, se efetivamente trata-se de deferimento de penhora objetivando a garantia do juízo executivo, hipótese em que deverá ser extraída carta de sentença dos autos a ser encaminhada para o juízo originário para que a mesma seja cumprida determinando a expedição de termo de penhora no rosto dos autos, resguardando o direito da Executada em opor Embargos à Execução no prazo legal" (fls. 107/114).

Decido.

Embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento. São cabíveis embargos de declaração contra decisão interlocutória, com a propriedade de interromper o prazo para a interposição de outros recursos:

"PROCESSUAL CIVIL. (...) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. INTERRUÇÃO DE PRAZO PARA OUTROS RECURSOS. CONSEQUÊNCIA. PRECEDENTES.

(...)

3. Os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer provimento judicial, inclusive decisão interlocutória, sendo certo que, não sendo intempestivos, têm o condão de interromper o prazo para a interposição de qualquer outro recurso. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido." (STJ, REsp n. 910.013-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.09.08)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL.

1. É pacífico no âmbito do STJ o entendimento de que os embargos de declaração podem ser opostos contra qualquer decisão judicial, interrompendo o prazo para interposição de outros recursos, salvo se não conhecidos em virtude de intempestividade (q. v., verbi gratia: REsp 768.526/RJ, 2ª Turma. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.04.2007; REsp 716.690/SP, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 29.05.2006; REsp 788.597/MG, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 22.05.2006; REsp 762.384/SP, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de

19.12.2005; REsp 653.438/MG, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.2005).

2. Recurso especial a que se dá provimento."

(STJ, REsp n. 1.017.135-MG, Rel. Juiz Conv. Carlos Fernando Mathias, j. 17.04.08)

"PROCESSUAL CIVIL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: CABIMENTO - (...)

(...)

2. Segundo a jurisprudência do STJ, são cabíveis embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, ficando, conseqüentemente, interrompido o prazo para interposição de outros recursos, exceto se aviados intempestivamente (art. 538 do CPC).

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido."

(STJ, REsp n. 768.526-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.03.07)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL.

1. É entendimento pacífico desta Corte que os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais. (ERESP 159317/DF, CE, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26.04.1999).

2. Ainda que rejeitados, os embargos de declaração tempestivamente apresentados interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. Precedentes: REsp 653.348/MG, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 07.11.2005; REsp 643.612/MG, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.09.2005, REsp 478.459/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 31.03.2003.

3. Recurso especial a que se dá provimento."

(STJ, REsp n. 762.384-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.12.05)

"PROCESSUAL CIVIL - (...)

1. Considerando que as decisões de nossas Cortes de Justiça admitem a oposição de embargos de declaração contra decisão interlocutória e que, aceitos, interrompem o prazo para interposição de recurso, ainda que improcedentes, é de se reconhecer a tempestividade deste agravo.

(...)

12. Preliminares argüidas em contraminuta rejeitadas. Agravo parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido." (TRF da 3ª Região, AG n. 200803000201919-SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 06.10.08)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. (...)

(...)

2. Cabimento dos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, desde que demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 535, do CPC. Precedentes do E. STJ. Intempestividade do recurso não configurada.

(...)

9. Matéria preliminar argüida em contraminuta rejeitada e agravo de instrumento provido."

(TRF da 3ª Região, AG n. 200103000127725-SP, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. 18.09.08)

Embargos de declaração. Rediscussão. Prequestionamento. Rejeição. Os embargos de declaração são recurso restrito predestinado a escoimar a decisão recorrida de eventuais obscuridades ou contradições ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal, conforme estabelece o art. 535 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo, porém, não franqueia à parte a faculdade de rediscutir a matéria contida nos autos, consoante se verifica dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

(...). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESSUPOSTOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA (...)

I - Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento inserto no artigo 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento, o que não se verifica na hipótese. Pretensão de simples rediscussão da controvérsia contida nos autos não dá margem à oposição de declaratórios. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag n° 745.373/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 03/08/2006; EDcl nos EDcl no Ag n° 740.178/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI,

DJ de 01/08/2006.

(...)

III - Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDEREsp n. 933.345, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.10.07)

PROCESSUAL CIVIL (...) REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida.

4. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos.

(STJ, EDEREsp n. 500.448, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.02.07)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

(...)

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, não sendo cabível para rediscutir matéria já suficientemente decidida.

2. Na verdade, pretende, com os presentes aclaratórios, a obtenção de efeitos infringentes, o que é possível, excepcionalmente, nos casos de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para inverter o julgado, hipóteses estas inexistentes na espécie.

(...)

(STJ, EDAGA n. 790.352, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.07)

Nesse sentido, a interposição de embargos de declaração para efeito de prequestionamento também não dá margem à parte instar o órgão jurisdicional explicitamente sobre um ou outro específico dispositivo legal, bastando que a matéria haja sido tratada na decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA DOS SINDICATOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em declarar desnecessário o prequestionamento explícito de dispositivo legal, por só bastar que a matéria haja sido tratada no decisor.

2. Assentado o acórdão recorrido em fundamento único, de natureza constitucional e infraconstitucional, e interpostos e admitidos ambos os recursos, extraordinário e especial, nada obsta o conhecimento da insurgência especial, não tendo aplicação o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESp n. 573.612, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.06.07)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. (...). PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MATÉRIA IMPUGNADA EXAMINADA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.

(...)

IV - É desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional. Precedentes.

V - O Relator, no Tribunal, pode dar provimento a recurso monocraticamente, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AGREsp n. 760.404, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15.12.05)

Do caso dos autos. Os embargos de declaração não merecem provimento. A decisão embargada apresentou os fundamentos que embasaram o deferimento do pedido de penhora do crédito em favor da executada nos autos do processo n. 93.00-07753-8.

Ademais, diferentemente do quanto sustenta a embargante, o início da contagem do prazo recursal não ocorre a partir da juntada aos autos do termo de penhora cumprido mas, sim, desde a intimação do executado sobre sua

realização (LEF, art. 16, III):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO (PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO BEM). PRAZO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO EXECUTADO.

1. A intimação do executado sobre a penhora realizada em sede de execução fiscal também tem por finalidade iniciar a contagem do prazo para o ajuizamento dos embargos, conforme consta expressamente na Lei n. 6.830/80 (art. 16, inc. III).

2. Essa intimação é ato formal, que deve ser realizado, via de regra, mediante publicação no órgão oficial e, subsidiariamente, pelo correio (AR) ou pessoalmente por oficial de justiça (art. 12, caput e § 3º).

(...)

9. Agravo regimental provido.

(STJ, AgRg no REsp n. 1.201.056/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.06.11)

Assim, não havendo qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada, não cabe a oposição deste recurso para a rediscussão da causa, bem como para instar o órgão jurisdicional a pronunciar-se acerca de um ou outro dispositivo legal específico.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00025 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008949-61.1999.4.03.6100/SP

1999.61.00.008949-4/SP

RELATOR	: Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE	: Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO	: VIVIAN LEINZ
APELADO	: KIYOSHI SHOJI e outro
	: LOURDES APARECIDA DE BRITO SHOJI
ADVOGADO	: ANTONIO CARLOS BATISTA e outro
APELADO	: BANCO ITAU S/A
ADVOGADO	: ELVIO HISPAGNOL e outro

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação da r. sentença (fls. 105/106) que julgou procedente o pedido e reconheceu o direito dos autores à cobertura residual pelo FCVS, garantindo-lhes a obtenção da respectiva quitação do financiamento habitacional e o cancelamento da hipoteca. Condenou, ainda, cada um dos réus a pagar a parte autora as despesas que antecipou e honorários advocatícios fixados em R\$2.322,65 (dois mil trezentos e vinte e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Apela a Caixa Econômica Federal (fls. 119/131) sustentando, preliminarmente, a necessidade de intimação da União Federal para manifestar-se acerca de seu interesse na demanda, bem como a existência de litisconsórcio passivo necessário da União. No mérito, alega a impossibilidade de quitação pelo FCVS de mais de um saldo devedor remanescente, bem como que a Lei nº 8.100/90 aplica-se imediatamente, inclusive aos financiamentos em curso. Pleiteia, ainda, a adequação dos honorários aos critérios legais.

Sem a apresentação de contrarrazões os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Decido.

O tema da legitimidade da União Federal já foi discutido em reiterados pronunciamentos de outros Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais destaco:

*"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO CONSIGNATÓRIA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. SFH . UNIÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. PRECEDENTES. 1. Não há como admitir a arguição de coisa julgada na situação em que a ação consignatória visa o pagamento de prestações de imóvel vinculado ao SFH reajustadas segundo critérios fixados na sentença do mandado de segurança. 2. A União **Federal carece de legitimidade passiva para figurar nos ações em que se discute reajuste de prestação de financiamentos de aquisição de casa própria regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação.** 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido." (STJ, 2ª Turma, RESP 185892, v.u., Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13/06/2005, p. 219)*

"PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO.

1. A União Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das demandas que versem sobre contrato de financiamento de imóvel pelo SFH com cláusula de Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. Precedentes do STJ e desta Corte.

2. É constitucional a execução extrajudicial prevista no Decreto Lei nº 70/66. Jurisprudência do Supremo Tribunal, do STJ e dessa Corte.

3. Tendo o Oficial do Cartório de Títulos e Documentos certificado que não foi possível notificar pessoalmente o devedor, para purgar a mora, por não ter sido localizado no imóvel financiado, é legítima a notificação por edital.

4. Diferentemente do que alegam os Autores na inicial, a exigência de notificação pessoal por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos é apenas para a purgação da mora, bastando a publicação dos editais, no caso dos públicos leilões.

5. Apelação a que se dá parcial provimento."

(AC 1998.35.00.007453-3/GO, Rel. Juiz Federal David Wilson De Abreu Pardo (conv), Sexta Turma, DJ de 26/02/2007, p.36)

Cabe à Caixa Econômica Federal a legitimidade exclusiva para figurar no pólo passivo da relação processual nas ações em que se questiona regras do Sistema Financeiro da Habitação - SFH , **ainda que haja previsão contratual acerca do Fundo de Compensação da Variação Salarial (FCVS)**, já que é o ente responsável pela administração e gestão do referido Sistema, na qualidade de agente financeiro.

Prejudicado o pedido de intimação da União Federal para manifestar-se acerca de seu interesse na demanda, o Juízo 'a quo' já deferiu sua intervenção no r. despacho de fls. 175.

É consolidado o entendimento na Corte Superior de Justiça no sentido de possibilitar a cobertura pelo FCVS de saldo devedor, ainda que haja duplo financiamento, conquanto observada a seguinte particularidade: aquisição do financiamento antes de *05 de dezembro de 1990*, data de edição da Lei nº 8.100/90.

Em casos análogos, a Corte Superior tem se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei 8.100/90, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

São precedentes: RESP nº 1133769, 824919, 1044500, 1006668, 902117, dentre outros.

A possibilidade de quitação, pelo FCVS, de saldos devedores remanescentes de financiamentos adquiridos anteriormente a *5 de dezembro de 1990* tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei 10.150/2000, a declarou expressamente; ademais de autorizar a regularização dos chamados "contratos de gaveta", consoante acima explicitado.

A Lei n.º 10.150, de 21 de dezembro de 2000, que representou a conversão da Medida Provisória 1.981-54, de 23 de novembro de 2000, em seu art. 4º, alterando a redação do art. 3.º da Lei n.º 8.100/90, dispõe textualmente:

Art. 3º - O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independente da data de ocorrência do evento

caracterizador da obrigação do FCVS. (g.n)

A verificação dos documentos juntados aos autos, dá conta de que o contrato de mútuo fora firmado em **31 de janeiro de 1981**, portanto antes da data limite fixada no texto legal acima transcrito, demonstrando enquadrarem-se na hipótese legal.

Por outro lado, não parece razoável fazer incidir a vedação de quitação, pelo FCVS, de mais de um financiamento por mutuário, se se permitiu a contratação de vários financiamentos com a cobertura do referido fundo e se percebeu os valores a ele destinados.

A fixação dos honorários no patamar estabelecido pela sentença visou evitar o arbitramento em montante irrisório, contemplando a orientação da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

A verba honorária deve ser fixada em quantia que valorize a atividade profissional advocatícia, homenageando-se o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, nos moldes do artigo 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil.

*ADMINISTRATIVO. MULTA POR INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DE SE FACULTAR AO SUPOSTO INFRATOR DEFESA PRÉVIA À APLICAÇÃO DA PENALIDADE. SÚMULA 312 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Foi sumulado o entendimento segundo o qual é necessária a dupla notificação do infrator para legitimar a imposição da penalidade de trânsito: "No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração" (Súmula 312 do STJ). 2. A orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção firmou-se no sentido da desnecessidade de observância dos limites percentuais de 10% e 20% postos no § 3º do art. 20 do CPC, quando a condenação em honorários ocorra em uma das hipóteses do § 4º do mesmo dispositivo, tendo em vista que a remissão aos parâmetros a serem considerados na "apreciação equitativa do juiz" refere-se às alíneas do § 3º, e não ao seu caput. Considera-se ainda que tais circunstâncias, de natureza fática, são insuscetíveis de reexame na via do recurso especial, por força do entendimento consolidado na Súmula 7/STJ, exceto nas hipóteses em que exorbitante ou irrisório o quantum fixado pelas instâncias ordinárias. 3. **No caso concreto, os honorários foram fixados em R\$ 100,00 (cem reais), valor, a toda evidência, irrisório. Verba honorária majorada para R\$ 1.000,00 (mil reais).** 4. Recurso especial provido. (RESP 200400710993, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:29/08/2005 PG:00166.)*

*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. FINANCIAMENTO DE DOIS IMÓVEIS EM MESMO LOCAL. CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À DATA DE 05/12/1990. SALDO RESIDUAL. FCVS. APLICAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI Nº 10.150/2000. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A norma restritiva sobre a quitação, pelo FCVS, de um único saldo devedor somente foi estabelecida a partir da Lei 8.100/1990, sendo que a redação do art. 3º desse diploma legal foi alterada pelo art. 4º da Lei 10.150/2000, que estabeleceu a limitação da referida quitação somente para os contratos firmados a partir de 05 de dezembro de 1990. 2. No caso dos autos, não há empecilho à manutenção da cobertura do FCVS, pois o mutuário celebrou o contrato do imóvel sub judice em data anterior à restrição legal. 3. **A verba de sucumbência fixada na decisão monocrática, atende perfeitamente a equidade para as demandas da espécie dos autos, em observância aos parâmetros definidos no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.** 4. Agravo desprovido. (AC 200761050084429, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 CJI DATA:02/12/2010 PÁGINA: 385.)-
destaques nossos*

Assim, afigura-se razoável a manutenção dos honorários no patamar fixado pela sentença.

Por fim, entendo perfeitamente aplicável ao presente caso, a regra prevista na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, pela qual o relator poderá negar ou dar provimento a recurso, de acordo com as hipóteses assinaladas em referido dispositivo legal.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Caixa Econômica Federal, mantendo integralmente a decisão recorrida.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00026 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015456-62.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.015456-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : LINCOLN CALIXTO DA SILVA e outro
ADVOGADO : JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR
APELANTE : CASISNANDA FERREIRA DA SILVA
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro

DESPACHO

1. Regularize o apelante, Lincoln Calixto da Silva, sua petição de fl. 92, uma vez que o signatário não tem poderes nestes autos.
2. Publique-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.
Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00027 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000904-24.2011.4.03.6108/SP

2011.61.08.000904-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ANDERSON CHICÓRIA JARDIM e outro
APELADO : NILTON DA SILVA MORAIS
ADVOGADO : LUIZ ALAN BARBOSA MOREIRA e outro
No. ORIG. : 00009042420114036108 3 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra a sentença de fls. 67/70, que julgou procedente o pedido em ação sob procedimento de jurisdição voluntária para determinar que a CEF libere os valores retidos na conta vinculada ao FGTS e ao PIS do autor, determinando a antecipação dos efeitos da tutela. Em suas razões, a apelante alega que não houve comprovação de que o pai do autor é seu dependente (fls. 77/79). É o relatório.

Decido.

FGTS. Movimentação. Moléstia grave. A jurisprudência assentou o entendimento de que o rol de hipóteses de moléstias que ensejam a movimentação do FGTS não é taxativo (Lei n. 8.036/90, art. 20, XI, XIII, XIV), cumprindo examinar a situação concreta do correntista para esse efeito:

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS DE FGTS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADE NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 2. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico

e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 3. Possibilidade de liberação do saldo do FGTS não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por ser o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantia fundamental assegurada constitucionalmente. 4. In casu, o recorrido ajuizou ação ordinária, objetivando o levantamento do seu saldo da conta vinculada ao FGTS, para atender à necessidade grave de seu filho menor de idade, portador de Pan Encefalite Exclerosante Sub Aguda, necessitando dos respectivos valores para tratamento, tendo em vista o alto custo dos medicamentos necessários, e dos exames que são realizados periodicamente, além dos gastos com a fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional. 5. Recurso especial improvido.

(STJ, RESp n. 848637, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.10.06)

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADE NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de liberação do saldo existente na conta vinculada do FGTS para tratamento de doença grave, qual seja, esquizofrenia, da qual é portador o filho do autor, sendo o tratamento de elevado custo, e não tendo o autor meios para arcar com o mesmo. 2. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 3. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 4. Liberação do saldo do FGTS para tratamento de doença grave não elencada na lei de regência, mas que se justifica, figurar a saúde como garantia constitucional, direito de todos e dever do Estado. 5. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp n. 671795, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.02.05)

ADMINISTRATIVO. FGTS. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA VINCULADA. MAL DE PARKINSON. HIPÓTESE NÃO PREVISTA EXPRESSAMENTE NA LEGISLAÇÃO. DOENÇA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO.

POSSIBILIDADE DE SAQUE. 1. A jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a lista constante do artigo 20 da Lei 8.036/90 não é taxativa, sendo possível a movimentação da conta vinculada em situações de doença grave do trabalhador ou de seus dependentes, mesmo que não haja previsão legal específica. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp n. 630602, Rel. Min. Denise Arruda, j. 02.09.04)

FGTS - LEVANTAMENTO DE SALDO - DOENÇA GRAVE - NECESSIDADE GRAVE E PREMENTE - LIBERAÇÃO - (...) - RECURSO DA CEF PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

(...) 2. A dicção do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Assim, com o intuito de conferir ao artigo 20, inciso XI, da Lei 8036/90 aplicação que esteja em consonância com a nobreza de propósitos com que a norma deve ser interpretada, há que ser deferido o pleito da parte autora, que demonstrou, por meio dos documentos trazidos aos autos, a veracidade de suas afirmações, ou seja, que necessita do numerário a fim de custear tratamento médico, para controle de moléstia grave - hepatite C - que a acomete desde 1993. 3. Em consulta ao sítio da Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas, Hospital de Clínicas (www.fcm.unicamp.br), pode-se obter o PROTOCOLO DE TRATAMENTO DE HEPATITE C CRÔNICA, necessário para a compreensão do estado grave de saúde do autor. No caso, a despeito de não haver previsão específica e expressa na lei, dita movimentação impõe-se, diante da gravidade da situação vivenciada pela parte autora. 4. Não havendo norma que vede o levantamento do saldo do FGTS, na ocorrência de necessidade grave e premente deve a questão trazida ao Judiciário ser considerada como hipótese de saque, independentemente de haver expressa autorização legal. (...) 6. Recurso da CEF parcialmente provido. 7. Sentença reformada em parte. (TRF da 3ª Região, AC n. 200661080049191, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 17.08.09)

PROCESSO CIVIL. FGTS. SAQUE. DOENÇA GRAVE. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 20 DA LEI 8.036. POSSIBILIDADE. (...) APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1 - Possibilidade de liberação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do trabalhador, ainda que não seja um dos casos elencados no artigo 20 da Lei nº 8.036/90, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, autor sofre de Mal de Parkinson, maior de sessenta anos, aposentado por invalidez autor pleiteia apenas o valor referente à correção dos saldos pela LC 110/2001. 2 - Autor aposentado por invalidez, visualização da hipótese autorizadora de movimentação da conta fundiária prevista no inciso III do artigo 20 da Lei 8.036/90. 3 - Não há previsão expressa de hipótese de ser o trabalhador acometido de Mal de Parkinson. Não é possível admitir-se como taxativas as previsões legais, em razão da dificuldade do legislador em prever as inúmeras situações de fato. (...) 6 - Apelação parcialmente provida.

(TRF da 3ª Região, AC n. 200361000143433, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 29.07.08)

Do caso dos autos. Os documentos de fls. 17/34 comprovam que Álvaro Fonseca Morais, genitor do autor, foi diagnosticado com neoplasia maligna do ânus e do canal anal, na forma de carcicoma espinocelular (CIF C21), desde 2008, encontrando-se em tratamento quimioterapêutico e sob cuidados médicos. Não medra a alegação da CEF de que são necessárias maiores provas da dependência de Álvaro Fonseca Morais

para com seu filho. Como bem apontou a MM. Juíza *a quo*, a dependência financeira está amplamente demonstrada nos autos:

(...)

Em nosso entender, com base no princípio da persuasão racional, também está evidenciada a dependência de Álvaro Fonseca Moraes com relação à parte autora, ainda que não exista anotação de tal situação em CTPS ou perante o INSS ou a Receita Federal. Deveras, os documentos de fls. 09, 12 e 23 demonstram que o pai do demandante se encontra sob sua total responsabilidade direta, em razão de seu frágil estado de saúde, pois: a) possuem endereço comum (fls. 09 e 12); b) Álvaro outorgou procuração pública para seu filho representá-lo em todos os seus negócios, tendo tal documento sido firmado a seu rogo, tendo em vista a impossibilidade de fazê-lo com suas mãos trêmulas (fl. 12); c) o demandante consta como responsável de seu pai perante o hospital em que este faz seu tratamento médico (fl. 23).

Saliente-se que exigir da parte autora, neste caso concreto, prova formal de dependência por meio de anotações em CTPS ou perante órgãos públicos significaria obstar, desnecessariamente, em afronta ao princípio da razoabilidade, a consecução da finalidade social da legislação em questão, a saber, garantir amparo aos titulares do PIS e FGTS, e seus familiares, quando em situações de necessidade (doença, baixa renda, desemprego etc.);

(...)

Sabe-se dos altos custos de medicamentos e tratamentos médicos que tornam premente a necessidade do autor, em especial devido à idade avançada de seu pai (fl. 7).

Comprovada, portanto, a hipótese de urgência e excepcionalidade, frente à gravidade da doença e à necessidade dos valores depositados na conta vinculada ao FGTS, impõe-se a procedência do pedido inicial. A sentença não merece reforma.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da Caixa Econômica Federal - CEF, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00028 CAUTELAR INOMINADA Nº 0037602-20.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.037602-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
REQUERENTE : MOMENTUM EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADO : CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES e outro
REQUERIDO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00090160620114036100 4 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Petição nº 2012/270754: Peticiona a requerente - MOMENTUM EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA -, alegando que a Receita Federal do Brasil, mesmo intimada na pessoa do Delegado da Receita Federal do Brasil da Administração Tributária em São Paulo, em 12 de março de 2012, (fls 109/110), da r. decisão que deferiu o pedido de liminar para a suspensão da exigibilidade dos débitos previdenciários nºs. 35554729-5 e 35554730-9, vem negando-lhe a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa - CPD-EN, em especial para a finalidade "5" (Registro ou Arquivamento de Alterações Construtivas). Requer a intimação da requerida, para que não obste a expedição da CPD-EN.

O documento juntado com a referida petição dá conta de que a sobredita decisão judicial não tem sido cumprida na sua integralidade, comprovando, pela juntada de cópia da página eletrônica da Receita Federal, que o seu

pedido de certidão negativa de débito foi negado.

Diante do exposto, INTIME-SE, com URGÊNCIA, a Receita Federal do Brasil e a Procuradoria da Fazenda Nacional, a fim de que dê cumprimento à decisão de fls. 70-71vº, não podendo ser negado à requerente o fornecimento da Certidão Positiva de Débitos com efeitos de negativa em relação às contribuições previdenciárias e as destinadas a terceiras entidades, prevista no art. 206, do Código Tributário Nacional, para qualquer de suas finalidades .

São Paulo, 14 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00029 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002932-04.2002.4.03.6100/SP

2002.61.00.002932-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : FOTOPTICA LTDA
ADVOGADO : LUIZ COELHO PAMPLONA e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : RUI GUIMARAES VIANNA e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
APELADO : OS MESMOS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 17 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a decisão de fls. 245/248, que negou provimento ao reexame necessário e aos recursos de apelação da União e da parte autora e deu provimento à apelação da CEF para excluí-la do polo passivo, com fundamento no art. 267, VI, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

Em suas razões, a embargante alega que houve omissão quanto à condenação, em seu favor, ao pagamento de honorários pela parte autora (fls. 249/251).

Decido.

Honorários advocatícios. Condenação. Princípio da causalidade. Tendo em vista o princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as custas e os honorários advocatícios, porquanto a parte contrária tenha sido citada, constituído advogado e participado do processo para defender-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (...) SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CAUSA SUPERVENIENTE.

(...)

6. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; AgRg no REsp 379.894/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1019316/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490605/SC, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557045 / SC, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 13.10.2003)

7. Em razão do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou pela parte que viesse a ser a perdedora caso o magistrado julgasse o mérito da causa. (AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 03/11/2009)

(...).

(STJ, AGREsp n. 1116836, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.10.10)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO SUPRIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM FUNDAMENTO NO ART. 267, VI, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. Cabe suprir a omissão no julgado para esclarecer: a) a condenação do vencido ao pagamento das custas e honorários advocatícios ao vitorioso na demanda deve ser observada também nos feitos extintos na forma do art. 267, VI, do CPC, como no caso, tendo em vista o princípio da causalidade e; b) fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa em favor da embargante, nos termos do § 3º do artigo 20 do CPC, exceção ao parágrafo 4º.

(...).

(STJ, EDREsp n. 1152707, Rel. Min. Castro Meira, j. 15.04.10)

PROCESSUAL CIVIL (...) DESISTÊNCIA DA AÇÃO - CITAÇÃO EFETIVADA - CONTESTAÇÃO APRESENTADA - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - DEVER DE PAGAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido que, em função do princípio da causalidade, é cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de o pedido de desistência da ação ter sido protocolado após a ocorrência da citação da ré, ainda que em data anterior à apresentação da contestação. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

(STJ, EAREsp n. 1140162, Rel. Min. Humberto Martins, j. 03.08.10)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - CONTRATO BANCÁRIO - QUITAÇÃO DA DÍVIDA POR TERCEIRA PESSOA (AVALISTA) APÓS A APRESENTAÇÃO DA RÉPLICA À CONTESTAÇÃO - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - FATO SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE CULPA DOS LITIGANTES - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO EM PARTE - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da causalidade, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e honorários advocatícios. Esta é a norma que irradia do artigo 20 do Código de Processo Civil.

2. Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração do processo deve responder pelas despesas dele decorrentes, mesmo que não vencido, uma vez que poderia ter evitado a movimentação da máquina judiciária.

3. O cerne da questão colocada nos presentes autos é verificar se é devida a condenação da parte autora, ora apelante, ao pagamento da verba honorária ao patrono da parte ré, em vista da ocorrência de fato superveniente em data posterior à propositura da demanda e à citação, a acarretar a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

4. Em se tratando de ocorrência de fato superveniente, a orientação jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se adotar o princípio da causalidade, porquanto descabe impor o pagamento da verba honorária a quem tem razão ou a quem não deu causa ao fato superveniente que ensejou a extinção do feito.

(...).

(TRF da 3ª Região, AC n. 20036104008070-7, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 20.07.09)

A condenação ao pagamento de honorários advocatícios independente da má-fé do litigante:

Art. 20: 2g. Independe de má-fé a condenação do vencido nas despesas e honorários, de acordo com o art. 20 do CPC (STJ, 3ª T., REsp 6.271-CE, Rel. Min. Cláudio Santos, j. 10.12.90, deram provimento, v.u., DJU 18.2.91, p. 1038).

"Ônus da sucumbência. Aplicação independente da boa-fé que tenha agido o vencido. Os encargos da sucumbência decorrem exclusivamente da derrota experimentada pela parte" (STJ, JTAERGs 77/332, maioria).

"Os honorários de advogado são devidos quando a atuação do litigante exigir, para a parte adversa, providência em defesa de seus interesses. A ausência de culpa do sucumbente causador do processo não interfere na sua responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios"(RSTJ, 109/223). No mesmo sentido, Bol. AASP 2.592 (TJSP, AI 657.585-5/5-01-EDcl).

(NEGRÃO, Theotônio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 153, nota 6b ao art. 20)

Do caso dos autos. Assiste razão à parte embargante, diante da omissão em relação à condenação, em seu favor, ao pagamento de honorários pela parte autora (fls. 249/251).

O art. 20, § 4º, do CPC permite que se arbitre a verba honorária com base na equidade, nos termos das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do mesmo artigo, ponderando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para tal serviço. Por outro lado, quando o trabalho desenvolvido pelo advogado não envolve questão de grande complexidade, para a imposição da verba honorária, o magistrado deve nortear-se pelo princípio da razoabilidade, não podendo o quantum estipulado ser irrisório, a ponto de se tornar aviltante ao profissional que atuou na causa, nem ser extremamente oneroso para o devedor. (TRF da 3ª região, AC n. 001766-94.2011.4.03.6100, Des.ª Fed. Marli Ferreira, j. 23.08.12). Tendo em vista a inexistência de condenação e não havendo motivos para entendimento diverso, entendo que deve ser aplicado o entendimento jurisprudencial no sentido da fixação da verba honorária em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Desse modo, os honorários advocatícios devem ser fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à vista do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e dos padrões usualmente aceitos pela jurisprudência.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos embargos de declaração, para condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios em favor da corrê CEF, fixando-os em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00030 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006297-54.2002.4.03.6104/SP

2002.61.04.006297-0/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
APELANTE : NESTOR SOARES DE JESUS e outros
: FRANCISCO AVELINO DE SOUZA
: IRACIMO JOAQUIM DE ASSIS
: JOAO SANTIAGO DE OLIVEIRA
: JOSE MARIA PEREIRA NETO
ADVOGADO : JESSAMINE CARVALHO DE MELLO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ADRIANA MOREIRA LIMA e outro

DECISÃO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO: Cuida-se de Agravo oposto em face de acórdão assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CARÁTER INFRINGENTE DO RECURSO. PREQUESTIONAMENTO.

1. Caso em que o v. acórdão, apreciou, de forma coerente, sem qualquer omissão, contradição ou obscuridade, todas as questões jurídicas, legais ou constitucionais invocadas e essenciais à resolução da causa, o que demonstra a improcedência dos embargos de declaração.

2. Por certo tem a parte direito de ter seus pontos de argumentação apreciados pelo julgador. Não tem o direito, entretanto, de ter este rebate feito na forma e ordem que estabeleceu em sua peça recursal. Falta razão em se pretender, portanto, que se aprecie questão que já se mostra de pronto afastada com a adoção de posicionamento que de forma inafastável se antagoniza logicamente com aquele destilado em recurso

3. Hipótese em que os embargos declaratórios são opostos com nítido e indevido caráter infringente, objetivando, perante a Turma, o rejuízo da causa, porém em detrimento da competência das instâncias superiores para a revisão do acórdão proferido.

4. Não se justificam os embargos de declaração para efeito de prequestionamento, vez que o v. acórdão enfrentou as questões jurídicas definidoras da lide, não sendo necessária sequer a referência literal às normas respectivas para que seja situada a controvérsia no plano legal ou constitucional.

5. Precedentes.

6. Embargos rejeitados.

Os autores agravaram discordando das conclusões do julgado.

É o Relatório.

Decido.

Não conheço do presente agravo.

Inicialmente, cabe consignar que em nosso ordenamento jurídico impera o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade do recurso, de maneira que não é possível a interposição simultânea de mais de um recurso.

Por outro lado, cada decisão é atacável por um único recurso. É o chamado princípio da adequação do recurso, de maneira que quem pretende recorrer de uma decisão judicial deve buscar, no ordenamento vigente, a figura recursal adequada.

No caso dos autos, os autores pretendem atacar o julgado por meio de Agravo Legal, o que não é possível, em razão de falta de previsão legal.

É que em se tratando de processo no Tribunal, utiliza-se o agravo para atacar decisões monocráticas, sendo certo que os recursos de apelação e embargos de declaração foram julgados pela Turma Z do Judiciário em dia, não se tratando, portanto, de mera decisão monocrática a autorizar o manejo do presente agravo.

Ante o exposto, **nego seguimento ao agravo legal**, nos termos dos arts. 557 do CPC e 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2012.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Convocado

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 19992/2012

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023728-06.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.023728-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : VALTER APARECIDO SOARES MARTI GORINI
ADVOGADO : GUILHERME DE CARVALHO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF

ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Valter aparecido Soares Marti Gorini contra a sentença de fls.59, que julgou extinto o processo em relação ao pedido de juros progressivos, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, e prosseguiu a demanda em relação aos índices do IPC de janeiro de 1989 e abril de 1990.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) os reajustes não foram aplicados a conta vinculada, se fazendo necessária a produção de prova pericial para a definição de todos os acréscimos devidos;
- b) inversão do ônus da prova, devendo a Caixa Econômica Federal apresentar os extratos das contas vinculadas do FGTS, visto que é a detentora exclusiva desta documentação;
- c) condenação dos honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (fls. 65/107).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Decido.

Em caso de vários pedidos, a decisão que extingue o processo tão-somente em relação a um deles se sujeita à impugnação por agravo de instrumento. É descabida a apelação porque não há como se conciliar o seu processamento e o andamento regular do feito quanto aos pedidos remanescentes.

Trata-se de apelação contra a decisão de fl. 59, que julgou extinto o processo em relação aos juros progressivos e determinou o prosseguimento da demanda em relação ao pedido de correção monetária dos meses de 01.89 e 04.90, não encerrando a fase de conhecimento dos autos, sendo o agravo de instrumento o recurso cabível.

A apelação não se mostra a via adequada para reformar a decisão proferida, tendo vista que esse recurso visa impugnar sentença (CPC, art. 513.), sendo que a sua interposição configura erro grosseiro, afastando a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de apelação, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006400-12.2003.4.03.6109/SP

2003.61.09.006400-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : TALITA CAR VIDOTTO e outro
APELADO : ROQUE MENDES CARDOSO e outros
: GERALDO DA SILVA NORBERTO
: JAYR DE SOUZA
: HELIO MANCUSO
: ARNALDO DOS SANTOS
: EXPEDITO MURBACH
: DOMINGOS BELLATINI
: ARISTIDES PAVAN
: ORLANDO SECCO
ADVOGADO : MOZART FURTADO NUNES NETO e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença e fls. 103/105 que julgou parcialmente procedentes os embargos opostos pela apelante à execução promovida por Roque Mendes Cardoso, Geraldo da Silva Norberto, Jayr de Souza, Hélio Mancuso, Arnaldo dos Santos, Expedito Murbach, Domingos Bellatini, Aristides Pavan, Orlando Secco e Odila da Conceição Ferraz Jorge.

Apela-se, em síntese, com os seguintes argumentos:

- a) os valores apresentados pela Contadoria Judicial são superiores aos apresentados pela área técnica da apelante, a qual concluiu que quanto à taxa progressiva de juros, não é possível esgotar todas as possibilidades de cálculo, pois os extratos acostados pelos apelados estão ilegíveis ou incompletos;
- b) a aplicação da taxa progressiva de juros é feita nos termos do art. 4º, da Lei n. 5.107, mas não existem nos autos principais os elementos necessários para a apuração dos valores devidos, uma vez que são necessários todos os extratos desde a abertura da conta vinculada até o saque total ou a data vigente, os quais devem estar completos e legíveis;
- c) a apelante não dispõe dos saldos dos apelados referentes aos períodos anteriores à conclusão da centralização das contas naquela instituição, os quais são de responsabilidade dos bancos depositários, nos termos do Decreto n. 99.684/90, regulamentador da Lei n. 8.036/90;
- d) sem a juntada dos extratos falta ao título executivo o requisito da liquidez, e, por conseguinte, a dívida não pode ser exigida;
- e) o ônus processual da apresentação dos extratos cabe aos autores, conforme o art. 333 do Código de Processo Civil;
- f) a apelante não tem condições materiais de elaborar o cálculo correto, de modo que não pode-lhe ser exigido o valor das diferenças;
- g) os extratos são documentos dos titulares das contas;
- h) o obrigação determinada pelo MM. Juízo *a quo* não pode ser cumprida, pois falta à apelante condições materiais para tanto (fls. 114/118).
- Foram apresentadas contrarrazões (fls. 121/137).

Decido.

FGTS . Liquidação. Extratos. Ônus de exibição da CEF. Aplicação do art. 475 do Código de Processo Civil.

A Lei n. 11.232, de 22.11.05, acrescentou o art. 475-B ao Código de Processo Civil, tornando clara a responsabilidade do devedor de apresentar ao Juízo os dados existentes em seu poder para elaboração de cálculo de liquidação:

Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo .

§ 1º. Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência.

§ 2º. Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362.

Essa regra tem sido aplicada aos casos de liquidação de sentença em ações concernentes ao FGTS , como se verifica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. (...). FGTS . FALTA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DO CREDOR. DADOS EM PODER DA DEVEDORA. EXTRATOS ANALÍTICOS DAS CONTAS VINCULADAS DOS FGTS . ASTREINTES. INAPLICAÇÃO SANÇÃO PROCESSUAL ESPECÍFICA. PRESUNÇÃO DE CORREÇÃO DOS CÁLCULO S ELABORADOS PELO CREDOR.

(...)

2. A CEF, na qualidade de gestora do Fundo de Garantia, tem o dever de emitir os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas e para esse fim pode requisitá-las de outrem.

3. Deveras, tratando-se de liquidação do quantum incidem as regras operandi do art. 475 - B, verbis: 'Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo . § 1o Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

§ 2o Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362'.

4. Consectariamente, à minguia de previsão legal, são incabíveis as astreintes na hipótese vertente, tanto mais que ad impossibilia nemo tenetur, mercê de a novel Lei n.º 11.232/2005 sugerir solução factível mais adequada do que os referidos meios de coerção.

5. Sob essa ótica o E. STJ já decidiu que: (a)'2. É obrigação da CEF atender às requisições para fornecimento dos extratos das contas vinculadas do FGTS , que estejam em seu poder. 3. Ante a impossibilidade material de fornecimento dos extratos correspondentes aos períodos anteriores à centralização das contas, a prova necessária à liquidação da sentença pode ser produzida, a pedido ou mesmo de ofício, por outros meios, tais como (a) a requisição dos extratos junto ao banco originalmente depositário (Decreto 99.684/90, art. 23; LC 110/01, art. 10), (b) a requisição dos dados junto ao empregador (art. 17 da Lei 8.036/90) e (c) a requisição ou

juntada de guias de recolhimento do FGTS, recibos de pagamento de salários ou anotações na carteira de trabalho.' RESP 902362/RS, DJ 16.04.2007; (b) '2. A sentença que condena a CEF a pagar diferenças de correção monetária do FGTS somente pode ser executada após a devida apuração do quantum debeat (CPC, art. 603). Enquanto isso não ocorrer, a sentença é ilíquida e a sua execução, portanto, é nula. 3. A liquidação, no caso, não é, necessariamente, por artigos, podendo ser promovida segundo o procedimento do § 1º do art. 604 do CPC (redação da Lei 10.444/2002): 'Quando a elaboração da memória de cálculo depender de dados em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-la, fixando prazo de até trinta (30) dias para cumprimento da diligência (...)' (RESP 639.832/AL, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.10.2005).' (REsp 946327/AL, DJ 28.06.2007)

6. In casu, cuida-se de liquidação de sentença, por cálculo do credor, e a obrigação de fornecer os extratos tem por finalidade fornecer os dados necessários ao credor, para que realize os cálculos do seu crédito, tendo em vista que os referidos elementos contábeis estão em poder da devedora.

7. A sanção processual para o descumprimento da ordem judicial que determina o fornecimento destes dados essenciais consiste na presunção de que os cálculos elaborados unilateralmente pelo credor são corretos, sem prejuízo de o magistrado poder valer-se do contador judicial para confirmação dos cálculos apresentados, caso haja indício de erro.

8. Neste sentido é a doutrina sobre o thema: '(...) Se os dados se acham sob o controle do devedor, o não cumprimento da ordem judicial redundará na sanção de reputarem-se corretos os cálculos apresentados pelo credor. Tal como se passa com a ação de prestação de contas, o executado perderá o direito de impugnar o levantamento da parte contrária. É óbvio, contudo, se o demonstrativo se mostrar duvidoso ou inverossímil, o juiz poderá se valer do contador do juízo para conferi-lo, o de qualquer outro expediente esclarecedor a seu alcance, se entender conveniente' (Humberto Theodoro Junior, in Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 34ª ed., Forense, p. 90).

9. Assim é que 'quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o cumprimento da diligência; se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor e a resistência do terceiro será considerada desobediência, sem prejuízo da apreensão do documento se assim o credor o indicar' (Luiz Fux, in Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed.; Forense, p. 1262).

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para afastar a aplicação da multa cominatória.

(STJ, REsp n. 767.269-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.10.07)

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE EXTRATOS ANALÍTICOS DOS SALDOS DAS CONTAS FUNDIÁRIAS. ILIQUIDEZ DO TÍTULO.

1. É do nosso sistema processual que 'toda execução tem por base título executivo, judicial ou extrajudicial' (CPC, art. 583), sendo que 'a execução para cobrança de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível' (CPC, art. 586), sob pena de nulidade ('É nula a execução: I - se o título não for líquido, certo e exigível' - CPC, art. 618, I).

2. A sentença que condena a CEF a pagar diferenças de correção monetária do FGTS somente pode ser executada após a devida apuração do quantum debeat (CPC, art. 603). Enquanto isso não ocorrer, a sentença é ilíquida e a sua execução, portanto, é nula.

3. A liquidação, no caso, não é, necessariamente, por artigos, podendo ser promovida segundo o procedimento do § 1º do art. 604 do CPC (redação da Lei 10.444/2002): 'Quando a elaboração da memória de cálculo depender de dados em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-la, fixando prazo de até trinta (30) dias para cumprimento da diligência (...)'.

(Resp. 639.832/AL, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.10.2005)."

4. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(STJ, REsp n. 946, 327, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.06.07)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS. ENCARGO DA CEF. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. LEGALIDADE. VALOR DA MULTA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.

- A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento no sentido da responsabilidade da CEF, como gestora do FGTS, pela apresentação dos extratos das contas vinculadas, inclusive em período anterior à vigência da Lei 8.036/90.

- Pacífico o entendimento dessa Corte sobre a possibilidade de aplicação de multa cominatória em sede de execução, ex officio ou a requerimento da parte, no caso de descumprimento de obrigação de fazer.

- A discussão sobre o valor da multa implica reexame de matéria fático-probatória, hipótese que atrai a aplicação da Súmula 07/STJ.

- Recurso não conhecido.

(STJ, REsp n. 661.562-CE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, unânime, j. 15.03.05)
ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FGTS. EXIBIÇÃO. EXTRATOS ANTERIORES A 1992.
RESPONSABILIDADE DA CEF.

I - No que concerne à apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS, é pacífico o entendimento nesta Corte de que a responsabilidade é, por força de lei, da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, que como 'agente operador' do FGTS, cabe-lhe, nessa qualidade, 'centralizar os recursos e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes à conta vinculada' (art. 7º, I, da Lei nº 8.036/90), não havendo razão para impor à parte autora o ônus de apresentar tais documentos.

II - O argumento da CEF, quanto à impossibilidade da juntada dos extratos, não altera sua obrigação. Isso porque, o Decreto nº 99.684/99, na parte em que regulamenta a transferência das contas vinculadas, quando da centralização do FGTS junto à CEF, estabelece, em seu artigo 24, que os bancos depositários deveriam informar à CEF, de forma detalhada, de toda movimentação ocorrida nas contas vinculadas sob sua responsabilidade, no período anterior à migração.

III - Agravo regimental improvido.

(STJ, AGREsp n. 669.650-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.05.05)

Na esteira dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é de ser aplicado o art. 475-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.232, de 22.12.05, às hipóteses de liquidação de sentença concernente a créditos do FGTS em que a Caixa Econômica Federal figura como parte. Essa conclusão prevalece para os créditos decorrentes de diferenças de correção monetária ou de juros progressivos. Prevalece também nas hipóteses em que o período em questão é anterior à centralização do FGTS pela Caixa Econômica Federal.

Do caso dos autos. Os autores ajuizaram ação ordinária visando ao depósito de valores referentes à aplicação da taxa progressiva de juros em suas contas vinculadas ao FGTS.

Após obterem provimento jurisdicional favorável à sua pretensão, apresentaram contas de liquidação. Citada, a CEF opôs os presentes embargos à execução, alegando que seria necessária a apresentação de extratos analíticos legíveis para o correto cumprimento da sentença.

Ante a divergência, foi determinado o envio dos autos à contadoria judicial, a qual apresentou os cálculos (fls. 31/95), o MM. Juiz *a quo* homologou tais valores, considerando que elaborados de acordo com a sentença, julgando, assim, procedente apenas em parte os embargos à execução (fls. 103/105).

Conforme os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é ônus da CEF a apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS, inclusive em período anterior à Lei n. 8.036/90. Nesse sentido, não subsiste a pretensão da CEF em ver extinta a execução em virtude dos extratos apresentados pelos exequentes serem ilegíveis, bem como não se sustenta a alegação de que a obrigação não pode ser cumprida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta pela CEF, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00003 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014857-84.1999.4.03.6105/SP

1999.61.05.014857-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : FERNANDO SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : CLÁUDIA CRISTINA STEIN e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : MARIO SERGIO TOGNOLO e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Fernando Silva de Olivera contra a sentença de fls. 230/231, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, III, c. c. os arts. 807 e 808 todos do Código de Processo

Civil, por não ter cumprido com as condições impostas na decisão que deferiu a liminar, verificou-se a falta de um dos requisitos do mérito cautelar, o *fumus boni iuris*.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) não ocorreu o descumprimento das condições exigidas na decisão que deferiu a liminar, apenas ocorreu um parcial cumprimento desta, por circunstância alheia à vontade do autor, que não resistiu ao que foi pactuado na sentença de deferimento liminar;
 - b) "o apelante já pagou boa parte do imóvel, sendo co-proprietário do mesmo, não sendo plausível, que por estar passando por dificuldades financeiras, que aliás mais da metade do País estão, venha ver ser único imóvel leiloado, e por fim, ficando sem teto";
 - c) o *fumus boni iuris* foi transparecido no momento em que o autor demonstra a intenção de honrar com as parcelas, pleiteando o depósito de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e a continuar pagando as prestações;
 - d) faltou o bom senso necessário na decisão, haja vista que houve comprovação da boa-fé em honrar a liminar, mesmo com as dificuldades que o assola;
 - e) deve ser concedido o refinanciamento do imóvel, pois o autor passa por dificuldades financeiras e sem o qual impossibilita a quitação da dívida;
 - f) o requisito para interposição de cautelar que o Magistrado alega ter cessado ao autor, *fumus boni iuris*, sempre existirá, pois se trata de um co-proprietário, do qual tem plena vontade de constituir o imóvel em seu bem;
 - g) não houve fundamentação plausível para que ocorresse a improcedência da demanda;
 - h) não foram analisados os aspectos subjetivos do caso, o que acarretou em uma decisão que merece reforma;
 - i) o contrato foi firmado quando o autor ainda era casado, assim sendo computava-se também a renda de sua cônjuge, após seu divórcio as obrigações recaíram sobre o próprio, sendo que no contrato estipulava o compromisso de trinta por cento da renda familiar, o que foi mitigado com sua separação (fls. 236/242).
- Foram apresentadas contrarrazões (fls. 251/266).

Decido.

Condições da ação. Interesse processual. Desnecessidade. Falta de utilidade do provimento. Carência da ação. O interesse processual caracteriza-se pela necessidade da tutela jurisdicional, decorrente do conflito de interesses (lide) e sua adequação para dirimi-lo. Sua ausência acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RECUSA NO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES.

1. Para que esteja configurado o interesse de agir é indispensável que a ação seja necessária e adequada ao fim a que se propõe. A ação será necessária quando não houver outro meio disponível para o sujeito obter o bem almejado.

2. A inércia da recorrida frente à simples realização de pedido administrativo de exibição de documentos, sem a comprovação do pagamento da taxa legalmente prevista (art. 100, § 1º, da Lei 6.404/76), não caracteriza a recusa no fornecimento das informações desejadas.

3. Não é possível obrigar a recorrida a entregar documentos sem a contrapartida da taxa a que tem direito por força de lei.

4. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp. n. 954508, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28.08.07)

Do caso dos autos. A parte autora pleiteia a reforma da sentença para que seja mantida a liminar, suspendendo a execução extrajudicial ou da arrematação do imóvel até o julgamento da ação principal, suspendendo-se a exigência de depósitos judiciais até que ele consiga um trabalho ou renda ou que deposite trinta por cento de seus rendimentos ou do salário mínimo, até o final da lide. Havendo diferenças poderá a apelada cobrar por outros meios que acredite devido.

A sentença apelada merece ser reformada para declarar que não houve o descumprimento da liminar por falta de interesse de agir, apenas o que ocorreu foi uma insuficiência, por parte do autor, em manter o pagamento do que havia prometido, por estar atravessando problemas financeiros e, conseqüentemente, não conseguiu honrar o acordo.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

2006.61.19.002906-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : DUILIO JOSE SANCHEZ OLIVEIRA e outro
APELADO : PRISCILA SAUTCHUK
ADVOGADO : MARCOS SAUTCHUK e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 146/155 que julgou procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil e condenou a apelante a indenizar a parte autora ao pagamento de R\$ 5.000,00, a título de indenização por danos morais.

Apela-se, em síntese, com os seguintes argumentos:

- a) a apelada foi negligente, deixando de procurar os estabelecimentos da apelante para proceder ao menos ao encerramento de sua conta corrente, de maneira que não há que se falar em responsabilização da apelante;
- b) o valor fixado é excessivo e deve ser reduzido;
- c) inexistem apontamentos nos registros do Serasa e do SPC em desfavor da apelada;
- d) para o arbitramento do valor da indenização deve ser verificado o grau de culpa, a extensão dos danos morais e a proporcionalidade entre a conduta e o dano, sendo vedado o enriquecimento ilícito;
- e) considerando a complexidade, o tempo despendido, a importância e natureza da causa, dentre outros aspectos e tendo em vista, ainda a proporcionalidade e a razoabilidade, deve ser reduzido o valor dos honorários advocatícios, os quais devem ser arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação (fls. 162/170).

Decido.

Dano moral. Caracterização. A doutrina assim conceitua o dano moral:

(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

(Cavaliari, Sérgio. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 549)

Trata-se da consequência de determinado ato que cause angústia, aflição física ou espiritual ou qualquer padecimento infligido à vítima em razão de algum evento danoso.

É o menoscabo a qualquer direito inerente à pessoa, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a vida privada e a vida de relação. (Santos, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108).

Consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, dispensa-se a comprovação da extensão dos danos, pois decorrem das circunstâncias do próprio fato. Deve-se verificar, no caso concreto, se o ato ilícito é objetivamente capaz de causar dano moral, que não se confunde com mero dissabor ou aborrecimento: **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FALTA DEMONSTRAÇÃO. MULTA E HONORÁRIOS. DISPOSITIVOS VIOLADOS NÃO INDICADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. DANOS MORAIS. DEMONSTRAÇÃO DO ABALO. DESNECESSIDADE. VALOR. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. MULTA COMINATÓRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DEMONSTRAÇÃO.**

(...)

II- Na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, a responsabilidade do agente resulta do próprio fato, ou seja, dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato.

(...)

Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag n. 1365711, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.03.11)

PROCESSO CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS PRESUMÍVEIS. INDENIZAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO.

1. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo, "independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrido pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento".

Precedentes.

(...)

5. Recurso conhecido parcialmente, e, nesta parte, provido.

(STJ, REsp n. 775498, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 16.03.06)

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1 - Segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo".

(...)

3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar em nexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais.

4 - Recurso Especial não conhecido.

(STJ, REsp n. 844.736, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 27.10.09)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. FALHA. VEÍCULO. ACIONAMENTO DE AIR BAGS. DANO MORAL INEXISTENTE. VERBA INDENIZATÓRIA AFASTADA.

O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.

Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a r. sentença.

(STJ, REsp n. 898.005, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 19.06.07)

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CARTÃO DE CRÉDITO - QUESTÕES FEDERAIS NÃO DEBATIDAS NO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 356/STF - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - DESPROVIMENTO.

(...)

2 - O dano moral, nas lições de AGUIAR DIAS, são "as dores físicas ou morais que o homem experimenta em face da lesão" ("in Da Responsabilidade Civil", vol. II, p. 780). Noutras palavras, podemos afirmar que o dano moral caracteriza-se pela lesão ou angústia que vulnere interesse próprio, v.g., agressões infamantes ou humilhantes, discriminações atentatórias, divulgação indevida de fato íntimo, cobrança vexatória e outras tantas manifestações inconvenientes passíveis de ocorrer no convívio social.

(...)

4 - Agravo Regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp n. 533.787, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 02.12.04)

Dano moral. Valor da indenização. Objetivos: ressarcir a vítima e desestimular a reincidência. Montante ínfimo ou que acarrete o enriquecimento sem causa. Inadmissibilidade. A indenização por dano moral tem duplo objetivo: ressarcir a vítima e desestimular a reincidência. O montante da reparação não pode, assim, ser ínfimo nem exagerado, acarretando o enriquecimento sem causa da parte prejudicada:

AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO.

1. A indenização ora fixada coaduna-se com seu duplo escopo, de reparar o dano sofrido e dissuadir o causador na reiteração da prática, evitando-se, ademais, enriquecimento sem causa. Quantum indenizatório reduzido para R\$ 10.000,00 (...).

(STJ, AGA n. 979.631, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29.09.09)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - BLOQUEIO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA E INSCRIÇÃO NO SERASA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - VIABILIDADE - SÚMULA 7/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - INVIABILIDADE - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - DEMAIS ALEGAÇÕES - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

(...)

II - Não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, de modo que a reparação seja estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa, justificando-se a intervenção deste Tribunal, para alterar o valor fixado, tão-somente nos casos em que o quantum seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição para cada feito. Assim, não há necessidade de alterar o quantum indenizatório no caso concreto, em face da razoável quantia, fixada pelo Acórdão "a quo" em R\$ 10.054,09 (dez mil, cinquenta e nove reais e nove centavos) (...).

(STJ, AgREsp n. 959.307, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.10.08)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. DANO MORAL. DISPENSABILIDADE DA PROVA. VALOR DO RESSARCIMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONDENAÇÃO EM MONTANTE INFERIOR AO PLEITEADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA INEXISTENTE. SÚMULA 326 DO STJ. HONORÁRIOS DEVIDOS.

I. No que tange à fixação do quantum indenizatório, de acordo com a jurisprudência pátria, o valor arbitrado a título de danos morais deve guardar dupla função, uma de ressarcir a parte lesada e outra de desestimular o agente lesivo à prática de novos atos ilícitos. Desta forma, o quantum não pode ser ínfimo, mas também não pode ser de tal forma alto a implicar enriquecimento sem causa à parte lesada (...).

(TRF da 3ª Região, AC n. 2007.61.10.006287-4, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 27.10.09)

Do caso dos autos. Insurge-se a apelante contra sentença que condenou a CEF a pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais oriundos da negligência da parte ré na prestação de serviços à autora, pois lançou indevidamente o nome da autora nos serviço de proteção ao crédito, bem como fixou honorários advocatícios em favor do autor no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Entendo que a sentença não merece reparo.

Verifica-se, pela movimentação existente na a conta corrente aberta em nome da autora, que esta não foi utilizada pela apelada (fls. 34/37). Apenas a conta de poupança foi usada para a movimentação do FGTS.

Consta dos autos o comunicado emitido pelo Serasa, em 13.11.04, que informava para a apelada que tal órgão recebera pedido feito pela apelante para inclusão do seu nome em seus registros (fl. 33).

Contrariamente ao que afirma a apelante, restou provado que a autora requereu, junto a estabelecimento da ré, o encerramento da conta corrente em 30.12.02 (fl. 24).

O valor fixado a título de indenização, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente considerando que a vítima deve ser ressarcida e a reincidência evitada, sem que o valor seja ínfimo ou exagerado e atendendo, ainda, às circunstâncias do caso, de maneira que mantenho a quantia fixada na sentença.

A condenação da CEF em honorários advocatícios é cabível, uma vez que o pedido do autor foi para que os danos morais fossem fixados de acordo com o critério a ser adotado pelo Juízo (fl. 155), tendo sido a ação julgada procedente. O valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) é razoável diante da complexidade da demanda.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da CEF, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002454-83.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.002454-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : YOLANDA FORTES Y ZABALETA e outro
APELADO : GERALDA ALVES LEME DE MORAES (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : RICARDO LEME DE MORAES e outro
No. ORIG. : 00024548320084036100 22 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 118/119, que julgou procedente o pedido para condenar a CEF a pagar à autora os valores já provisionados em sua conta vinculada ao FGTS, referentes aos "expurgos inflacionários", que estão expressos nos documentos de fls. 32/33, cujos saldos deverão ser atualizados pelas normas do FGTS até a data do efetivo pagamento, bem como condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor a ser liberado).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) o autor é carecedor da ação, pois não aderiu aos termos da Lei Complementar n. 110/01;
- b) a via eleita não é adequada para o reconhecimento do direito do apelado;
- c) a sentença é *ultra petita*;
- d) não há saldo disponível na conta do FGTS (planos econômicos) do apelado, mas sim um valor provisionado para pagamento futuro;
- e) o apelado não firmou o Termo de Adesão de que trata a Lei Complementar n. 110/01, artigo 4º, inciso I, e o prazo para tal adesão já se esgotou;
- f) para efetuar o saque dos valores provisionados, além do preenchimento de uma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90, é necessário aderir aos termos da Lei Complementar n. 110/01 (fls. 128/134).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 143/144.

Decido.

Falta de interesse de agir, em face da Lei Complementar n. 110: inexistência. A Lei Complementar n. 110/01 prevê a possibilidade de a Caixa Econômica Federal creditar nas contas vinculadas ao FGTS complementos de correção monetária. Porém, a realização do crédito depende, dentre outras providências, da anuência do titular da conta por meio de termo de adesão. Assim, a transação efetuada no âmbito administrativo constitui mera faculdade do titular da conta e, portanto, não lhe impede, de nenhum modo, o exercício do direito constitucional da ação. Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. LEI COMPLEMENTAR 110/2001. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA O EXERCÍCIO DE AÇÃO INDIVIDUAL.

- A novel Lei Complementar n. 110, de 06 de junho de 2001, define o procedimento administrativo ao qual deverá sujeitar-se o titular da conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a fim de habilitar-se ao pagamento de complementos de atualização monetária, valendo-se da proposta governamental, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal (...). A possibilidade prevista no referido diploma legal não tem o condão de obstar o ingresso individual no Judiciário, em face do princípio da universalidade de jurisdição, insculpido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República. Logo, não há que se falar em falta de interesse de agir dos autores, consoante jurisprudência (...).

(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 02.61.10.007965-7, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, unânime, j. 20.05.03, DJ 05.08.03, p. 631)

FGTS. Movimentação. Expurgos inflacionários. Crédito posterior. Admissibilidade. Os valores correspondentes aos expurgos inflacionários resolvem-se como acessórios das contas vinculadas, cuja movimentação é permitida nas hipóteses estabelecidas pelo art. 20 da Lei n. 8.036/90. Configurada qualquer delas, não se justifica obstar a movimentação da parte relativa aos expurgos, sob o fundamento de que teria sido creditada posteriormente. O direito à movimentação do saldo restaria diminuído pela exclusão da atualização monetária reconhecida como devida:

RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SAQUE ANTERIOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. NATUREZA JURÍDICA. ACESSÓRIO. CABIMENTO. 1. No caso vertente, o Tribunal de origem autorizou o levantamento dos créditos de expurgos inflacionários, relativos a valor principal, anteriormente sacados da conta vinculada de FGTS, na forma do art. 20 da Lei 8.036/90. 2. Os expurgos inflacionários ostentam a natureza jurídica de correção monetária, razão pela qual devem ser compreendidos como parcelas acessórias do crédito principal, que visam apenas a atualizar o valor monetário, mantendo o status quo ante e impedindo eventual decréscimo do poder aquisitivo. 3. Desta forma, sendo os expurgos inflacionários o próprio capital atualizado, e não espécie de acréscimo ou gravame de natureza diversa do crédito principal da obrigação, e se o fundista efetuou o devido saque dos créditos de FGTS, por alguma das hipóteses constantes da Lei nº 8.036/90, não há razão para impedir o levantamento dos valores acessórios, correspondentes à parcela não atualizada tempestivamente, do crédito já sacado, sob o raciocínio jurídico de o acessório dever seguir a sorte do principal. Precedentes. 4. Entendimento diverso acabaria por penalizar o fundista, por ilícito não atribuível a ele, e beneficiar a Caixa Econômica Federal, em razão de sua própria torpeza, no que tange à falta de recomposição monetária dos saldos das contas vinculadas de FGTS, no tempo e no modo devidos. 5. Recurso especial não

provido.

(STJ, REsp n. 1152170, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.06.10)

Do caso dos autos. A autora ingressou com ação ordinária visando obter "(...) o resgate da quantia constante na CEF, a título de Expurgos do FGTS, expedindo-se o competente mandado para tal (...)", pedido julgado procedente pelo MM. Juízo *a quo*.

A CEF afirma que os valores apontados no extrato trazido aos autos às fls. 32/33 são apenas provisionados para o caso de o trabalhador assinar o termo de adesão ao acordo previsto na Lei Complementar n. 110/01, não estando, por isso, disponíveis para saque. Desse modo, seria necessário ingressar com nova ação em que seja condenada a Caixa Econômica Federal - CEF a realizar o pagamento do complemento de atualização monetária.

Não assiste razão à apelante. Não estão os trabalhadores obrigados a aderir ao acordo da Lei Complementar n. 110/01, remanescendo seu direito de intentar ação judicial para obter a tutela de seus direitos. O extrato emitido pela própria CEF é suficiente para demonstrar que a trabalhadora tinha direito aos valores referentes à atualização monetária dos planos econômicos (fls. 32/33). Constitui, assim, verdadeiro reconhecimento da existência de um direito do trabalhador ao crédito, cujo pagamento foi autorizado pela Lei Complementar n. 110/01. Incabível, portanto, a alegação da Caixa Econômica Federal - CEF de que não poderia realizar o pagamento em respeito ao princípio da estrita legalidade, visto que foi autorizada expressamente por lei.

Aponto que impor à autora o ônus de ingressar com outra ação de conhecimento, após todo o trâmite do presente feito, em que é perfeitamente cabível o reconhecimento de seu direito, documentalmente comprovado, seria atentatório aos princípios da celeridade e da economia processual, em especial se considerado que o objeto da lide já está pacificado pelo Supremo Tribunal Federal e foi expressamente regulado na Lei Complementar n. 110/01 justamente com o propósito de evitar a multiplicação de demandas.

Os documentos de fls. 27/33 comprovam que a autora aposentou-se por idade, o que lhe garante o direito à movimentação da conta vinculada, com fundamento no art. 20, inciso III, da Lei n. 8.036/90.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da Caixa Econômica Federal - CEF, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0028700-97.2000.4.03.6100/SP

2000.61.00.028700-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : JAIR TOCACELI
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DE SANTANA e outro
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE ADAO FERNANDES LEITE e outro
APELADO : OS MESMOS
PARTE RE' : EMGEA Empresa Gestora de Ativos
ADVOGADO : MARIA AUXILIADORA FRANCA SENNE e outro
No. ORIG. : 00287009720004036100 24 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

1. Tendo em vista o caráter infringente dos embargos de declaração interpostos pela Caixa Econômica Federal - CEF (fls. 359/361), dê-se vista à parte contrária para manifestação.

2. Publique-se.

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0028491-41.1994.4.03.6100/SP

1999.03.99.063450-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : GEAP FUNDACAO DE SEGURIDADE SOCIAL
ADVOGADO : CHRYSTIAN JUNQUEIRA ROSSATO
APELADO : ANA MARIA TOMASELLI PACHECO e outros
: COPERNICO FERRAZ DE CAMARGO JUNIOR
: FRANCISCO ORLANDO ESTEVES
: GERMANO GONCALVES PERES
: LEDA FERREIRA PENNA
ADVOGADO : CONCEICAO RAMONA MENA
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 20 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 94.00.28491-8 20 Vr SAO PAULO/SP

DESPACHO

Fls. 284/285: intime-se a apelante da decisão de fls. 276/279.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 1305226-51.1998.4.03.6108/SP

1998.61.08.305226-8/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
APELANTE : ADEMAR BISPO DOS SANTOS e outros. e outros
ADVOGADO : RICARDO DA SILVA BASTOS e outro
: ANA PAULA GOMES GONÇALVES
APELADO : CIA DE HABITACAO POPULAR DE BAURU COHAB BAURU e outro.
ADVOGADO : PATRÍCIA LEMOS MACHARETH e outro
No. ORIG. : 13052265119984036108 2 Vr BAURU/SP

DECISÃO

Fl. 1861: Expeça-se a guia de levantamento conforme requerido.

Intime-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

RUBENS CALIXTO

Juiz Federal Convocado

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : BERTIN LTDA
ADVOGADO : FERNANDO DANTAS CASILLO GONCALVES e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Berlin Ltda. contra a sentença de fls. 226/231, proferida em mandado de segurança, que julgou improcedente o pedido inicial e denegou a ordem, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) à apelante foi aplicada uma multa no valor de 100% (cem por cento) da contribuição devida sobre as remunerações não declaradas em GFIP ao INSS, em flagrante inconstitucionalidade;
- b) a despeito da ausência de declaração das remunerações indicadas no Auto de Infração n. 35.373.882-4, as contribuições devidas sobre esses valores foram efetivamente recolhidas, de modo que não houve nenhum prejuízo ao INSS;
- c) tendo em vista que a obrigação principal foi adimplida, de rigor a extinção da obrigação acessória;
- d) a multa deve ser afastada, considerando que a apelante procedeu à denúncia espontânea, prevista no art. 138, *caput*, do Código Tributário Nacional;
- e) a aplicação de multa nos moldes realizados possui caráter confiscatório, bem como ofende o princípio da proporcionalidade (fls. 237/252).

[Tab][Tab]Contrarrrazões a fls. 259/265.

O Procurador Regional da Republica, Dr. Marlon Alberto Weichert, opinou pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença prolatada (fls. 288/290).

Decido.

Denúncia espontânea . Pagamento do tributo. Multa moratória. A denúncia espontânea exige o pagamento integral do tributo devido e dos juros moratórios. Nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional, ela tem a propriedade de excluir a responsabilidade pela infração:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Há alguma controvérsia doutrinária acerca da aplicação dessa regra quanto à multa moratória, pois existem entendimentos no sentido de que a responsabilidade excluída concerne tão-somente a fatos ilícitos que seriam objeto de sanção punitiva. Não obstante, a verdade é que a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o Código Tributário Nacional não estabelece nítida distinção entre as espécies de multa por ele prescritas, de modo que a denúncia espontânea abrange também a multa reputada exclusivamente moratória:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA . PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO, ACRESCIDO DE JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. PROCEDIMENTO FISCAL POSTERIOR. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contribuinte que, espontaneamente, denuncia o débito tributário em atraso e recolhe o montante devido, com juros de mora e antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, fica exonerado de multa moratória. Agravo

regimental a que se nega provimento."

(STJ, 2ª Turma, Agr. Reg. no Agr. Instr. n. 492.678-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, unânime, j. 26.06.03, DJ 03.11.03, p. 304)

"EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ART. 138 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. MULTA MORATÓRIA. EXCLUSÃO.

I - A jurisprudência desta Colenda Corte está assentada no sentido de que inexistente procedimento administrativo prévio, visando a exigir o pagamento do tributo em atraso, resta configurada a denúncia espontânea, quando o contribuinte de per si o recolhe, sendo indevida a cobrança da multa moratória que, no sistema tributário vigente, tem o caráter de punição.

II - Agravo regimental improvido."

(STJ, 1ª Turma, Agr. Reg. no Agr. Instr. n. 501.517, Rel. Min. Francisco Falcão, unânime, j. 02.10.03, DJ 03.11.03, p. 259).

Do caso dos autos. O MM. Juízo *a quo* denegou a segurança por considerar que o § 3º do art. 113 do Código Tributário Nacional prevê a conversão da penalidade imposta em razão do descumprimento da obrigação acessória em obrigação principal.

A sentença não merece reforma.

De início, impende ressaltar que no Direito Tributário não se aplica o princípio de que o acessório segue o principal. As obrigações acessórias são, na verdade, deveres instrumentais que independem da obrigação tributária principal, que pode até não existir. Além disso, o descumprimento do dever instrumental acarreta a incidência de multa, convertendo-se em obrigação principal (CTN, art. 113, § 3º).

Ademais, consoante fundamentação acima lançada, a denúncia espontânea somente se configura quando o contribuinte a realiza antes do início do Termo de Ação Fiscal, o que não ocorreu *in casu* e que culminou, justamente, na aplicação da multa moratória.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 03 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00010 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0314602-33.1997.4.03.6102/SP

1999.03.99.097895-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : CCB ENGENHARIA E COM/ LTDA
ADVOGADO : FLAVIA REGINA HEBERLE SILVEIRA e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE RIBEIRAO PRETO SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
No. ORIG. : 97.03.14602-3 2 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra a sentença de fls. 230/234, que julgou procedente o pedido formulado na inicial para declarar a exatidão do procedimento de compensação efetuado pela autora, determinando ainda a expedição de uma certidão negativa de débitos em nome da requerente, se outras pendências não existirem. A parte ré foi condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) os valores recolhidos há mais de cinco anos da propositura da demanda estão prescritos, nos termos do art. 168,

- I, do Código Tributário Nacional e Decreto n. 20.910/32;
- b) "os valores a serem compensados ou restituídos deverão ser apurados tão somente nas guias juntadas aos autos (...) e que apresentam a prova do pagamento";
- c) não há que se falar em juros de mora sobre os valores a serem compensados;
- d) os valores devem ser corrigidos pela UFIR a partir do recolhimento indevido e, a partir de 01.01.96, exclusivamente pela Selic;
- e) prequestionamento da matéria suscitada (fls. 239/253).
- Foram apresentadas contrarrazões (fls. 257/260).

Decido.

Pro labore. Por não estar compreendida no art. 195, I, da Constituição da República, em sua redação original, fazendo-se necessária a edição de lei complementar, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da contribuição incidente sobre a remuneração paga ou creditada a segurados autônomos, administradores e avulsos instituída pela Lei n. 7.787/89, art. 3º, I (STF, Pleno, RE n. 166.772-9-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, maioria, j. 12.05.94, DJ 16.12.94; Pleno, RE n. 177.296-4-RS, Rel. Min. Moreira Alves, maioria, j. 15.09.94, DJ 09.12.94). Esse dispositivo teve, inclusive, sua execução suspensa pela Resolução n. 14, de 19.04.95, do Senado Federal.

Por igual razão, o Supremo Tribunal Federal também declarou a inconstitucionalidade do inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212/91, no que se refere à contribuição sobre a remuneração paga ou creditada a empresários, avulsos e autônomos (STF, Pleno, ADIn n. 1.102-2-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, maioria, j. 05.10.95, DJ 17.11.95). Cabe ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais acima referidos opera efeitos *ex tunc*, isto é, a norma legal reputa-se inválida e desprovida de quaisquer efeitos desde sua edição, retirando fundamento normativo às relações jurídicas supostamente com base nela constituídas. É o que ficou realçado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.102-2, oportunidade em que foi rejeitada a proposta do Min. Maurício Corrêa para que os efeitos dessa ação operassem tão-somente a partir da respectiva propositura em 09.09.04. A exigibilidade da contribuição sobre a remuneração paga aos segurados empresários, autônomos e avulsos somente passou a ser validamente exigível com fundamento na Lei Complementar n. 84, de 18.01.96, art. 1º, I. Esse dispositivo chegou a ter sua constitucionalidade questionada pela alegada coincidência de fato gerador e base de cálculo com o Imposto sobre a Renda (IR) e o Imposto Sobre Serviços (ISS). No entanto, prevaleceu o entendimento de que a remissão do art. 195, § 4º, da Constituição da República ao seu art. 154, I, não convola a contribuição em espécie de imposto, ao qual se destina a regra material. A remissão limita-se a tornar exigível a edição de lei complementar para a instituição de novas contribuições sociais, ainda que seu fato gerador ou sua base de cálculo coincidam com o de impostos já existentes (STF, Pleno, RE n. 228.321-0-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, maioria, j. 01.10.98, DJ 30.05.03). Não é demais acrescentar que a norma reúne todos os elementos necessários ao surgimento da obrigação tributária, pois dela constam o fato gerador, o sujeito passivo, a alíquota e a base de cálculo da contribuição (CR, art. 146, III, a; CTN, art. 97).

Prescrição. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Prazo quinquenal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-B). Aplicabilidade. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 9 de junho de 2005:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de

nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE n. 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11, para fins do art. 543-B do Código de Processo Civil)

Compensação. Critérios. Com relação aos critérios a serem observados para a compensação, após melhor analisar o tema, reputo adequados os que passo a expor.

Encargo financeiro. Desnecessidade. Não é necessário haver prova de que o sujeito passivo tenha suportado o encargo financeiro da exação (CTN, art. 166; Lei n. 8.212/91, art. 89, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 9.129/95), dado que essa exigência é dispensável quanto às contribuições (STJ, 1ª Seção, EREsp n. 187.481-RS, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 22.09.04, DJ 03.11.04, p. 122; 1ª Turma, REsp n. 529.733-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, unânime, j. 23.03.04, j. 23.03.04, DJ 03.05.04, p. 108).

Requerimento administrativo prévio. Desnecessidade. Não é necessário prévio requerimento administrativo, pois essa exigência, instituída pelo art. 74 da Lei n. 9.430/96, foi dispensada pela Lei n. 10.637/02, que incluiu o § 1º àquele dispositivo, segundo o qual "será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados".

Contribuições da mesma espécie. Exigibilidade. Somente podem ser compensadas exações da mesma espécie (Lei n. 8.383/91, art. 66, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 9.069/95). Logo, as contribuições incidentes sobre a remuneração de empresários, administradores, autônomos e avulsos somente podem ser compensadas com as contribuições a cargo do empregador sobre a folha de salários (STJ, 1ª Seção, AgRgEREsp n. 838.136-SP, Rel. Min. Castro Meira, unânime, j. 23.04.08, DJ 12.05.08, p. 1; EEREsp n. 638.368-BA, Rel. Min. Herman Benjamin, unânime, j. 10.10.06, DJ 06.09.07, p. 231) e a contribuição destinada ao INCRA, por ser de intervenção no domínio econômico, não é compensável com as contribuições devidas à Seguridade Social (STJ, 1ª Seção, EREsp n. 677.333-PR, Rel. Min. Denise Arruda, unânime, j. 24.10.07, DJ 26.11.07, p. 112; AgRgEREsp n. 883.059-PR, Rel. Min. Humberto Martins, unânime, j. 12.09.07, DJ 01.10.07, p. 208).

Contribuições vencidas ou vincendas. Admissibilidade. O art. 170, *caput*, do Código Tributário Nacional permite "a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública". Assim, não entrevejo razões suficientes para obviar a eficácia desse dispositivo que permite a compensação entre contribuições vencidas ou vincendas.

Limitações legais. Incidência. A lei pode estipular condições para a compensação (CTN, art. 170). Não é do recolhimento indevido que exsurge o direito à compensação, mas sim da satisfação das condições legais, dentre as quais se inclui o recolhimento indevido (LICC, art. 6º, § 2º). Por essa razão, a observância das limitações legais não implica retroatividade ilegítima (CR, art. 5º, XXXVI). Assim, incidem as limitações legais vigentes ao tempo em que se realiza a extinção do crédito devido: a compensação não poderá ser superior a 25% (vinte e cinco por cento) do valor a ser recolhido quando realizada sob a vigência da Lei n. 9.032, de 28.04.95, e não superior a 30% (trinta por cento) quando na vigência da Lei n. 9.129, de 20.11.95, até a edição da Lei n. 11.941/09, que revogou o art. 89, § 3º, da Lei n. 8.212/91.

Correção monetária. Reformulo meu entendimento sobre atualização monetária em compensação e repetição de indébito tributário, para que incidam, observada a matéria recursal devolvida, os expurgos inflacionários em conformidade com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (STJ, REsp n. 1.112.524, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.09.10) e ademais como reconhecido pela Fazenda Pública (Parecer PGFN/CRJ/ n. 2601/2008), admitindo a aplicação dos índices constantes da Tabela Única da Justiça Federal, aprovada pela Resolução n. 561 do Conselho da Justiça Federal, de 02.07.07, anotando-se que a incidência da Selic exclui qualquer outro acréscimo (juros ou atualização).

Juros moratórios pela Selic. A partir de 01.01.96 incidem juros pela taxa Selic da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação e à razão de 1% a.m. (um por cento ao mês) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada (Lei n. 9.250/95, art. 39, § 4º; Súmula n. 14, de 19.04.02, da Advocacia-Geral da União). A existência de súmula administrativa quanto à incidência da Selic, que indisputavelmente tem natureza jurídica de juros moratórios (Lei n. 8.981, de 20.01.95, art. 84, I, c. c. o art. 13 da Lei n. 9.065, de 20.06.95), aconselha rever o anterior entendimento, segundo o qual incidiriam juros moratórios a partir da citação (CPC, art. 219): dado ser possível, nos termos da lei tributária específica, incidir juros moratórios desde o indébito, não se

justifica punir o sujeito passivo postergando a incidência desses juros (independentemente da taxa) a partir da citação. Não somente quanto ao termo inicial, mas também quanto à taxa há previsão específica. Portanto, não são aplicáveis as regras gerais tributárias de caráter subsidiário (CTN, arts. 161, § 1º, § 1º e 170, parágrafo único), menos ainda as que concernem ao direito privado (CC de 1916, art. 1.062), malgrado a mais recente implique a incidência da própria Selic (NCC, art. 406). A legislação referida não autoriza a incidência de outros juros (moratórios, remuneratórios, compensatórios), de sorte que são eles impertinentes (CTN, 170). Para que não haja *bis in idem*, pois a taxa Selic reflete juros e depreciação da moeda, a incidência desta impede qualquer outro acréscimo, notadamente atualização monetária.

Do caso dos autos. A parte autora pleiteia validar compensação efetuada no período compreendido entre dezembro de 1995 e maio de 1997 (fls. 18/52) e expedição de certidão negativa de débito.

A sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial para declarar a exatidão do procedimento de compensação efetuado pela autora, determinando ainda a expedição de uma certidão negativa de débitos em nome da requerente, se outras pendências não existirem.

A presente demanda foi proposta em 10.10.97 (fl. 2), logo, incide o prazo prescricional decenal, conforme o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, ocorreu a prescrição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 10.10.87.

A planilha de fl. 71 demonstra os cálculos feitos para a compensação realizada pela apelante, conforme especificado nas GRPS constantes dos autos. No entanto, verifica-se a ausência de aplicação da Selic a partir de 01.01.96, razão pela qual os critérios utilizados devem ser adequados ao entendimento acima explicitado.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário e à apelação para que incida a taxa Selic a partir de janeiro de 1996, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 03 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000165-61.2000.4.03.6100/SP

2000.61.00.000165-0/SP

RELATOR	: Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE	: JARDIM ESCOLA MAGICO DE OZ LTDA
ADVOGADO	: MARCELO MOREIRA MONTEIRO
APELADO	: Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	: MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE	: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO	: HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Trata-se de apelação em mandado de segurança interposta por Jardim Escola Mágico de Oz Ltda. contra a sentença de fls. 581/592, que julgou improcedente os pedidos formulados na inicial e denegou a ordem.

Alega a apelante, em síntese, que tem direito à repetição ou compensação do indébito da contribuição previdenciária exigida pelo inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212/91, entre o período de 25 de julho de 1991 e 18 de dezembro de 1998, por ser a referida contribuição inconstitucional, uma vez que houve violação do art. 195, I, da Constituição da República, que estabelecia apenas a folha de salários como base de cálculo (fls. 598/609).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 618/637).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 639/653).

Decido.

Segurados empregados. Base de cálculo. Inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212/91 e art. 3º da Lei n. 7.787/89.

Constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a fixação como base de cálculo do "total das remunerações" não extrapolaria o conceito de "folha de salários" (CR, art. 195, I, em sua redação original), por encontrar autorização na redação original do art. 201, § 4º, da Constituição da República, que determinava a incorporação dos ganhos habituais do empregado ao salário para efeito de contribuição

previdenciária. Embora os precedentes versem especificamente sobre a contribuição ao SAT, a *ratio decidendi* é a mesma para o deslinde da presente demanda, como tem decidido aquela Corte Superior (STF, RE n. 575969, Rel. Min. Ayres Britto, j. 06.12.11; RE n. 343.446, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.03.03; AgRg no RE n. 450.061, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.03.06; ADI n. 1102, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.10.95).

Do caso dos autos. O impetrante pleiteia que seja declarada a inconstitucionalidade e o direito a restituição da contribuição de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados.

O Supremo Tribunal Federal apenas julgou inconstitucional a incidência da contribuição sobre a remuneração paga a empresários, trabalhadores avulsos e autônomos. E não entreviu qualquer inconstitucionalidade na expressão "total das remunerações" como critério material de incidência da contribuição social instituída com fundamento no art. 195, I, *a*, da Constituição da República.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 03 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000575-61.2010.4.03.6006/MS

2010.60.06.000575-4/MS

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : ALDO FERREIRA DAVID
ADVOGADO : CARLOS RODRIGUES PACHECO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOAO CARLOS DE OLIVEIRA e outro
No. ORIG. : 00005756120104036006 1 Vr NAVIRAI/MS

Desistência

Fl. 120: **homologo a desistência** do recurso de apelação manifestada por Aldo Ferreira David, para que produza seus efeitos legais e jurídicos, nos termos dos artigos 501 do Código de Processo Civil e 33, inciso VI, do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

Sem condenação ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Remetam-se os autos ao digno Juízo de 1º Grau, para as providências cabíveis.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00013 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000673-17.2008.4.03.6103/SP

2008.61.03.000673-9/SP

APELANTE : KAUTEX TEXTRON DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : CARLA CHRISTINA SCHNAPP e outro
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de **apelação e reexame necessário** interpostos contra a r. sentença parcialmente concessiva proferida em mandado de segurança impetrado para afastar a contribuição previdenciária patronal incidente os valores pagos a título auxílio-doença/acidente pagos nos primeiros quinze dias de afastamento, férias e terço constitucional de férias e salário-maternidade, bem como determinar a compensação dos valores recolhidos indevidamente.

Em decisão proferida nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, foi dado parcial provimento à apelação da impetrante e à remessa oficial, e negado seguimento à apelação da União, para reconhecer a ocorrência da prescrição das parcelas anteriores a dezembro de 1997, bem como afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias, permitindo a compensação dos valores recolhidos indevidamente sem as limitações previstas pela legislação

Foi interposto agravo legal, ao qual foi negado provimento.

Após a interposição de Recurso Extraordinário, a Vice-Presidência desta Corte Regional devolveu os autos a este relator, para efeito de exame da matéria concernente à prescrição, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

DECIDO

Em razão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 566.621/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, relativamente à matéria da prescrição em repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, promovo a retratação da decisão monocrática, posto que em desacordo com a nova orientação, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

Da prescrição

Acerca do prazo prescricional para pleitear a repetição do indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o C. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 566.621/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, de 04/08/2011, publicado em 11/10/2011, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118 /2005, e fixou que é válida a aplicação do prazo quinquenal apenas às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da referida lei, ou seja, a partir de 09/06/2005, aplicando-se, para as ações propostas antes desse marco, o prazo prescricional decenal.

Confira-se a ementa do julgado:

*DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118 /2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118 /05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118 /05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118 /08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118 /05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da*

vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.(RE 566621, ELLEN GRACIE, STF.)

Considerando que a ação foi movida em 28 de janeiro de 2008, aplicável o prazo prescricional quinquenal, contado retroativamente da data do ajuizamento.

Portanto, são compensáveis os valores recolhidos a partir de janeiro de 2005.

Diante do exposto, promovo a retratação da decisão de fls. 639/644, para determinar a compensação dos valores recolhidos indevidamente a partir de janeiro de 2005, mantendo os seus demais termos.

Publique-se e intime-se.

Após, devolvam-se os autos à Vice-Presidência desta Corte, para as providências que entender cabíveis.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00014 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005416-07.2007.4.03.6103/SP

2007.61.03.005416-0/SP

APELANTE : MUNICIPIO DE SILVEIRAS
ADVOGADO : ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO e outro
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO

DECISÃO

Trata-se de **apelação e reexame necessário** interpostos contra a r. sentença denegatória proferida em mandado de segurança impetrado para afastar a contribuição previdenciária patronal incidente os valores pagos a título de subsídios aos agentes políticos do município e o respectivo adicional para custeio de seguro de acidentes do trabalho, com compensação dos valores recolhidos indevidamente.

Em decisão proferida nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, foi dado parcial provimento à apelação da impetrante, para declarar a inexigibilidade da referida contribuição, bem como para determinar a compensação dos valores recolhidos indevidamente, observada a prescrição decenal.

Foi interposto agravo legal, ao qual foi negado provimento.

Após a interposição de Recurso Extraordinário, a Vice-Presidência desta Corte Regional devolveu os autos a este relator, para efeito de exame da matéria concernente à prescrição, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

DECIDO

Em razão do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 566.621/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, relativamente à matéria da prescrição em repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, promovo a retratação da decisão monocrática, posto que em desacordo com a nova orientação,

nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

Da prescrição

Acerca do prazo prescricional para pleitear a repetição do indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o C. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 566.621/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, de 04/08/2011, publicado em 11/10/2011, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118 /2005, e fixou que é válida a aplicação do prazo quinquenal apenas às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da referida lei, ou seja, a partir de 09/06/2005, aplicando-se, para as ações propostas antes desse marco, o prazo prescricional decenal.

Confira-se a ementa do julgado:

*DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118 /2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118 /05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118 /05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118 /08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118 /05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566621, ELLEN GRACIE, STF.)*

Considerando que a ação foi movida em 27 de junho de 2007, aplicável o prazo prescricional quinquenal, contado retroativamente da data do ajuizamento.

Portanto, são compensáveis os valores referentes ao período de junho de 2002 a setembro de 2004.

Diante do exposto, promovo a retratação da decisão de fls. 615/619, para limitar a compensação dos valores recolhidos indevidamente ao período de junho de 2002 a setembro de 2004, mantendo os seus demais termos.

Publique-se e intime-se.

Após, devolvam-se os autos à Vice-Presidência desta Corte, para as providências que entender cabíveis.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00015 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000281-91.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.000281-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : DANIEL ORTIZ DA SILVA
ADVOGADO : MARCELO VIANNA CARDOSO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE ADAO FERNANDES LEITE e outro

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, cuja execução permanecerá sobrestada enquanto permanecer a condição de beneficiária da Justiça Gratuita (fls. 196/213).

Inconformada a parte autora interpôs recurso de apelação (fls. 216/223) sustentando, em síntese, que deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor - CDC ao contrato; que deve haver inversão na forma de amortização das parcelas; que o mutuário tem o direito de buscar no mercado seguro habitacional de preço razoável, bem como que deve ser excluída a cobrança das taxas de administração e risco de crédito.

Apresentadas contrarrazões (fls. 230/231) os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Sistema de Amortização Crescente - SACRE

Nos contratos que adotam o Sistema de Amortização Crescente - SACRE é desnecessária a realização de prova pericial, cuida-se de matéria exclusivamente de direito, não existindo a vedada capitalização de juros (anatocismo) nesses casos.

Nesse sentido a jurisprudência:

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. SFH. PEDIDOS DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL, REVISÃO DE PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR, REPETIÇÃO DE INDÉBITO, COMPENSAÇÃO, COMINATÓRIA E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO PELA TABELA SACRE. FIXAÇÃO DE JUROS. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. APLICAÇÃO DA TR. CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. I - (...) VII - O contrato avençado entre as partes estabelece como sistema de amortização, o método conhecido como Tabela SACRE ou Sistema de Amortização Crescente. A aplicação da Tabela SACRE consiste em plano de amortização e uma dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas: uma de juros e outra de amortização do capital, motivo pelo qual a sua utilização não é vedada pelo ordenamento jurídico e não traz, em hipótese alguma, a capitalização dos juros, vê-se que o valor da prestação é decrescente até a liquidação que dar-se-á na última prestação avençada. Mister apontar que o sistema de amortização SACRE, sistema legalmente instituído e acordado entre as partes, "foi desenvolvido com o objetivo de permitir maior amortização do valor emprestado, reduzindo-se, simultaneamente, a parcela de juros sobre o saldo devedor. Sendo certo que, por esse sistema de amortização, as prestações mensais iniciais se mantêm próximas da estabilidade e ao longo do contrato os valores diminuem"(). Não podem os autores unilateralmente - simplesmente por mera conveniência - exigir a aplicação de sistema de amortização e índice de reajuste diverso do estabelecido contratualmente, devendo ser respeitado o que foi convencionado entre as partes, inclusive, em homenagem ao princípio da força obrigatória dos contratos. (...) XVII - Agravo improvido.(AC 00075092520024036100, JUIZ CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL E ANULAÇÃO EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CLAUSULAS DE EQUIVALÊNCIA

SALARIAL. TAXA REFERENCIAL - TR. CORREÇÃO MONETÁRIA. PES/CES. TEORIA DA IMPREVISÃO DOS CONTRATOS. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO E CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TABELA PRICE. TAXA DE RISCO E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. ESCOLHA UNILATERAL DO AGENTE FIDUCIÁRIO. I - (...) VIII - O sistema de amortização da dívida contratado - o SACRE - não implica em prática ilegal de anatocismo. "Os juros não são incorporados ao saldo devedor, dado que são mensalmente pagos juntamente com as prestações, não havendo que se falar em anatocismo" (TRF3 - AC 2005.61.00.007163-7, 5ª Turma, DJ 23/09/08) Ainda, nesse sentido: Resp. 572729 / RS 2003/0108211-6 - Ministra ELIANA CALMON - SEGUNDA TURMA DJ 12.09.2005 p. 273. IX - A aplicabilidade do Código de defesa do Consumidor dá-se de forma mitigada, dependendo da demonstração da abusividade das cláusulas no caso concreto, o que não é a hipótese dos autos. Confira: REsp 678.431/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.02.2005, DJ 28.02.2005 p. 252; e REsp 587.639/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.06.2004, DJ 18.10.2004 p. 238. X - O contrato de mútuo expressa um acordo de vontades, não existindo qualquer fundamento para a pretensão de nulidade de cláusula prevendo a cobrança da taxa de risco de crédito ou taxa de administração conforme os julgados dos Tribunais Regionais Federais. XI - É válida a execução extrajudicial regida pelo Decreto-lei nº 70/66, visto que ao devedor é assegurado o direito de postular perante o Poder Judiciário, em ação apropriada, no caso de eventual ilegalidade ocorrida no curso do procedimento adotado. XII - Descabe, outrossim a alegada irregularidade no procedimento de execução em face da escolha unilateral do agente fiduciário pela mutuante considerando a inexistência de qualquer previsão contratual ou legal em contrário. XIII - Agravo legal não provido. (AC 00035682320094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA JULGADA MONOCRATICAMENTE. APELAÇÃO CÍVEL. MÚTUO HIPOTECÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA (SFH). PRETENDIDA REVISÃO DAS CLAÚSULAS CONTRATUAIS CONSIDERADAS ABUSIVAS NO TOCANTE A POSIÇÃO DOS DEVEDORES. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO CELEBRADO PELO SISTEMA SACRE. RECURSO IMPROVIDO. 1. (...) 2. Não procede a preliminar de nulidade, uma vez que não se verifica a necessidade da produção de prova pericial nos casos em que se discute o Sacre, já que a matéria é exclusivamente de direito. (...) 9. agravo legal não provido. (AC 00043560820074036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/06/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

INVERSÃO NA CONTABILIZAÇÃO DAS PARCELAS

A correção do saldo devedor antes da amortização é correta, justifica-se tal procedimento em razão da defasagem gerada pela diferença de um mês entre a tomada do financiamento e o pagamento da primeira prestação. Nesse sentido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. Tabela Price. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência de prequestionamento. Reexame fático probatório. CES. TR. (...) - **O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor.** - (...) Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência pacífica e recente do STJ a respeito do tema. Agravo no recurso especial não provido." (STJ, 3ª Turma, AGRESP 1036303, v.u., DJE de 03/02/2009, Relatora Ministra Nancy Andrighi)

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES). INADMISSIBILIDADE. TAXA REFERENCIAL (TR). JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITES. **SISTEMA DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. LEGALIDADE. QUESTÃO JÁ SEDIMENTADA NO ÂMBITO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**"

(STJ, 4ª Turma, AGA 875531, v.u., DJE de 08/09/2008, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior) - **destaques nossos**

Taxas de Administração e Risco de Crédito

Não existe ilegalidade ou abuso na cobrança das Taxas de Administração e de Risco de Crédito, desde que haja previsão contratual para sua incidência:

CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - ADOÇÃO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO CRESCENTE - TAXA DE JUROS EFETIVOS - LIMITE DE 12% AO ANO - CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR - APLICAÇÃO DO CDC - VALIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO - DECRETO-LEI 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - MEDIDA CAUTELAR JULGADA IMPROCEDENTE. 1.(...) 16. Não se verifica ilegalidade na cobrança das Taxas de Administração e de Risco de Crédito, vez que se encontra expressamente prevista no contrato. E, havendo previsão contratual para tal cobrança, é ela legítima e não pode a parte autora se negar a pagá-la. As referidas taxas servem para fazer frente às despesas administrativas com a celebração e a manutenção do contrato de mútuo e não possuem o condão de, por si só, levar o mutuário à condição de inadimplência. 17. (...) 29. Recurso parcialmente provido, para afastar a extinção do feito, mas julgar improcedente o pedido inicial. 30. Sentença reformada. (AC 200461140015274, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 CJI DATA:23/08/2010 PÁGINA: 489.) DIREITO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. JUROS. LIMITES LEGAIS. SEGURO HABITACIONAL. REGULARIDADE NA EVOLUÇÃO DO CONTRATO. CDC. APLICABILIDADE. DL 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO 1. (...) 6. A cobrança da taxa de administração e risco de crédito está prevista no item 10, letra "C", do quadro-resumo do contrato firmado. Assim, tendo sido livremente pactuada, cabia ao autor demonstrar eventual abusividade na sua cobrança, ônus do qual não se desincumbiu. 7. (...) 14. Agravo legal improvido. (AC 00004793720064036119, JUIZA CONVOCADA SILVIA ROCHA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, TRF3 CJI DATA:21/10/2011 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Seguro

A aquisição de seguro é obrigatória para financiamentos imobiliários, porém a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Acerca do tema o C. STJ editou Súmula recentemente:

Súmula 473: "O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada."

Execução Extrajudicial

O Colendo Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade da execução extrajudicial fundada no Decreto-lei nº 70/66 com a Constituição Federal, não se podendo falar em inconstitucionalidade ou não recepção pela nova ordem constitucional:

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.

Recurso conhecido e provido.

(STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário n.º 223075, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU 06/11/98, p. 22)"

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. **O decreto-lei n. 70/66, que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil.** Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, 2ª Turma, RE-AgR 513546, relator Ministro Eros Grau, Dje 15/08/2008)*

APLICAÇÃO DO CDC - INVOCAÇÃO GENÉRICA

Embora seja reconhecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo no âmbito do Sistema financeiro da Habitação, tal não se faz de forma absoluta, a lei consumerista é inaplicável aos contratos com cobertura do saldo devedor pelo FCVS e àqueles que são anteriores à sua vigência:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS.

INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR CONTRÁRIAS À LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO, NO JULGAMENTO DO RESP 489.701/SP. APLICAÇÃO DA TR PARA A ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL - CES. QUESTÃO DECIDA MEDIANTE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 489.701/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJ de 16.4.2007), decidiu que: (a) "o CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo"; (b) "entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas". 2 (...) 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (RESP 200602810229, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:28/04/2008.)

Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. CDC. Contrato firmado anteriormente a sua vigência. Prévia atualização e posterior amortização do saldo devedor. Possibilidade. Multa moratória. Ausência de limitação. - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência. - O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor. - A redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei nº 9.298/96, que modificou o CDC, aplica-se apenas aos contratos celebrados após a sua vigência. Agravo não provido. (AGRESP 200701652902, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:20/11/2008.)

Em relação à aplicabilidade do CDC ao caso concreto, não são suficientes meras alegações genéricas de prática abusiva ou onerosidade excessiva no contrato:

"Com relação à aplicabilidade do CDC, cumpre referir que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já consagrou o entendimento de que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297).

Todavia, não se verificando nenhuma prática abusiva por parte do agente financeiro, assim como indemonstrado eventual ônus excessivo, desvantagem exagerada, enriquecimento ilícito por parte da mutuante, nulidade de cláusula contratual, ofensa aos princípios da transparência e da boa-fé etc., da incidência das referidas normas ao caso em exame não resulta nenhum efeito prático, sendo despiciente a invocação genérica e abstrata de necessidade de proteção ao consumidor." (Des. Fed. Valdemar Capeletti - TRF 4 - AC 1999.71.04.005362-3/RS) No mesmo sentido: REsp 417644/RS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ 30-9-02, p. 258, RNDJ 36/153, unânime.

Por isso, conquanto admita-se nessas ações a incidência das normas e princípios do CDC, não há, no caso dos autos, nenhum outro efeito prático decorrente de sua aplicabilidade além da possibilidade de contratação do seguro.

Assim, dou parcial provimento ao recurso de apelação da parte autora, tão somente, para afastar a obrigatoriedade de contratação do seguro com o agente financeiro ou com seguradora por ele indicada.

Considerando que a sucumbência da ré foi mínima, os ônus sucumbenciais devem ser atribuídos a parte autora, porém em razão do deferimento do benefício da assistência judiciária (fls. 78) não se impõe condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela parte autora, na forma acima estabelecida, mantendo no mais a sentença recorrida.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00016 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013269-42.2008.4.03.6100/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : ANDRE BATISTA DOS SANTOS e outro
: CINARA DA SILVA SANTOS
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO DE SANTANA e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido, condenando os autores ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, suspendendo a execução em razão de deferimento do benefício da assistência judiciária (fls. 105/108).

Inconformada a parte autora interpôs recurso de apelação (fls. 112/129) sustentando, em síntese, que a forma de amortização das parcelas deve ser modificada; que as prestações em atraso devem ser incorporadas ao saldo devedor; a ilegalidade do seguro cobrado; que devem ser aplicados ao contrato o CDC a teoria da imprevisão e o preceito de Gauss; que os juros não devem exceder 10% (dez por cento), bem como a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66.

Apresentadas contrarrazões (fls. 146/150) os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

A ação foi ajuizada pelo rito processual ordinário, objetivando a anulação da arrematação do imóvel, alegou-se, em síntese, que a execução extrajudicial é inconstitucional e que teria sido realizada ao arrepio das formalidades previstas na legislação de regência.

A r. sentença 'a quo' julgou improcedente o pedido sob o fundamento da desnecessidade de escolha do agente fiduciário em comum acordo, bem como por considerar em pleno vigor o Decreto-lei nº 70/66, que entendeu atender aos requisitos materiais e formais que cercavam a ordem constitucional vigente à época de sua edição, havendo, de outro lado, plena recepção pela Carta de 1988.

De início, não conheço das matérias atinentes à modificação da forma de amortização das parcelas, da incorporação das prestações em atraso ao saldo devedor, da ilegalidade do seguro cobrado; da aplicação da teoria da imprevisão e do preceito de Gauss, além da vedação de que os juros superem o patamar de 10% (dez por cento), porquanto se referem a questões que não guardam pertinência com o objeto da demanda.

Execução Extrajudicial - Decreto-lei 70/66

O Colendo Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade da execução extrajudicial fundada no Decreto-lei nº 70/66 com a Constituição Federal, não se podendo falar em inconstitucionalidade ou não recepção pela nova ordem constitucional:

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66 . CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.

Recurso conhecido e provido.

(STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário n.º 223075, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU 06/11/98, p. 22)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66 . RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O decreto-lei n. 70/66 , que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, 2ª Turma, RE-AgR 513546, relator Ministro Eros Grau, Dje 15/08/2008)

Escolha do agente Fiduciário

Não se exige comum acordo para a escolha do agente fiduciário nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH:

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - SFH - ESCOLHA DO AGENTE FIDUCIÁRIO - POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DO PRAZO PARA INTIMAÇÃO DO LEILÃO - SÚMULA 07/STJ -

AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1. Não se aplica aos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH a exigência de comum acordo entre credor e devedor na escolha do agente fiduciário para promover a execução extrajudicial (art. 30, I, § 2º do Decreto-Lei 70/66). 2. Inviabilidade do recurso especial, tendo em vista que o exame da tese relativa à nulidade formal dos leilões do imóvel exigiria incursão pela matéria de prova. Aplicação da Súmula 07/STJ. Fundamento inatacado em relação à nulidade, aplicação à hipótese dos autos do enunciado da Súmula 283 do STF. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (RESP 200600862673, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:29/10/2008.)

APLICAÇÃO DO CDC - INVOCAÇÃO GENÉRICA

Embora seja reconhecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo no âmbito do Sistema financeiro da Habitação, tal não se faz de forma absoluta, a lei consumerista é inaplicável aos contratos com cobertura do saldo devedor pelo FCVS e àqueles que são anteriores à sua vigência:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR CONTRÁRIAS À LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO, NO JULGAMENTO DO RESP 489.701/SP. APLICAÇÃO DA TR PARA A ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL - CES. QUESTÃO DECIDA MEDIANTE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 489.701/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJ de 16.4.2007), decidiu que: (a) "o CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo"; (b) "entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas". 2 (...) 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (RESP 200602810229, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:28/04/2008.)

Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. CDC. Contrato firmado anteriormente a sua vigência. Prévia atualização e posterior amortização do saldo devedor. Possibilidade. Multa moratória. Ausência de limitação. - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência. - O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor. - A redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei nº 9.298/96, que modificou o CDC, aplica-se apenas aos contratos celebrados após a sua vigência. Agravo não provido. (AGRESP 200701652902, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:20/11/2008.)

Em relação à aplicabilidade do CDC ao caso concreto, não são suficientes meras alegações genéricas de prática abusiva ou onerosidade excessiva no contrato:

"Com relação à aplicabilidade do CDC, cumpre referir que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já consagrou o entendimento de que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297).

Todavia, não se verificando nenhuma prática abusiva por parte do agente financeiro, assim como indemonstrado eventual ônus excessivo, desvantagem exagerada, enriquecimento ilícito por parte da mutuante, nulidade de cláusula contratual, ofensa aos princípios da transparência e da boa-fé etc., da incidência das referidas normas ao caso em exame não resulta nenhum efeito prático, sendo despiciente a invocação genérica e abstrata de necessidade de proteção ao consumidor." (Des. Fed. Valdemar Capeletti - TRF 4 - AC 1999.71.04.005362-3/RS) No mesmo sentido: REsp 417644/RS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ 30-9-02, p. 258, RNDJ 36/153, unânime.

Por isso, conquanto se admita, nessas ações, a incidência das normas e princípios do CDC, não há, no caso dos autos, nenhum efeito prático decorrente de sua aplicabilidade.

Diante do exposto, não conheço de parte da apelação dos autores e **NEGO SEGUIMENTO** à parte conhecida, mantendo integralmente a decisão recorrida.

Intimem-se.

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

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00017 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019067-18.2007.4.03.6100/SP

2007.61.00.019067-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : MILTON MENEZES SOBRAL e outro
: JUDITH ELIANA HERRERA SOBRAL
ADVOGADO : IAN BECKER MACHADO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SILVIO TRAVAGLI e outro

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença que julgou improcedente o pedido, sem condenação em honorários advocatícios, bem como deferiu o benefício da assistência judiciária gratuita (fls. 62/67).

Inconformada a parte autora interpôs recurso de apelação (fls. 70/98) sustentando, em síntese, que deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor - CDC ao contrato; que deve haver inversão na forma de amortização das parcelas; que o mutuário tem o direito de buscar no mercado seguro habitacional de preço razoável, bem como que deve ser excluída a cobrança das taxas de administração e risco de crédito.

Sem a apresentação de contra-razões os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Sistema de Amortização Crescente - SACRE

Nos contratos que adotam o Sistema de Amortização Crescente - SACRE é desnecessária a realização de prova pericial, cuida-se de matéria exclusivamente de direito, não existindo a vedada capitalização de juros (anatocismo) nesses casos.

Nesse sentido a jurisprudência:

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. SFH. PEDIDOS DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL, REVISÃO DE PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR, REPETIÇÃO DE INDÉBITO, COMPENSAÇÃO, COMINATÓRIA E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO PELA TABELA SACRE. FIXAÇÃO DE JUROS. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. APLICAÇÃO DA TR. CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. I - (...) VII - O contrato avençado entre as partes estabelece como sistema de amortização, o método conhecido como Tabela SACRE ou Sistema de Amortização Crescente. A aplicação da Tabela SACRE consiste em plano de amortização e uma dívida em prestações periódicas, iguais e sucessivas, em que o valor de cada prestação, ou pagamento, é composto por duas parcelas distintas: uma de juros e outra de amortização do capital, motivo pelo qual a sua utilização não é vedada pelo ordenamento jurídico e não traz, em hipótese alguma, a capitalização dos juros, vê-se que o valor da prestação é decrescente até a liquidação que dar-se-á na última prestação avençada. Mister apontar que o sistema de amortização SACRE, sistema legalmente instituído e acordado entre as partes, "foi desenvolvido com o objetivo de permitir maior amortização do valor emprestado, reduzindo-se, simultaneamente, a parcela de juros sobre o saldo devedor. Sendo certo que, por esse sistema de amortização, as prestações mensais iniciais se mantêm próximas da estabilidade e ao longo do contrato os valores diminuem"(). Não podem os autores unilateralmente - simplesmente por mera conveniência - exigir a aplicação de sistema de amortização e índice de reajuste diverso do estabelecido contratualmente, devendo ser respeitado o que foi convencionado entre as partes, inclusive, em homenagem ao princípio da força obrigatória dos contratos. (...) XVII - Agravo improvido.(AC 00075092520024036100, JUIZ CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3

Judicial 1 DATA:09/08/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL E ANULAÇÃO EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CLAUSULAS DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. TAXA REFERENCIAL - TR. CORREÇÃO MONETÁRIA. PES/CES. TEORIA DA IMPREVISÃO DOS CONTRATOS. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO E CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TABELA PRICE. TAXA DE RISCO E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. ESCOLHA UNILATERAL DO AGENTE FIDUCIÁRIO. I - (...) VIII - O sistema de amortização da dívida contratado - o SACRE - não implica em prática ilegal de anatocismo. "Os juros não são incorporados ao saldo devedor, dado que são mensalmente pagos juntamente com as prestações, não havendo que se falar em anatocismo" (TRF3 - AC 2005.61.00.007163-7, 5ª Turma, DJ 23/09/08) Ainda, nesse sentido: Resp. 572729 / RS 2003/0108211-6 - Ministra ELIANA CALMON - SEGUNDA TURMA DJ 12.09.2005 p. 273. IX - A aplicabilidade do Código de defesa do Consumidor dá-se de forma mitigada, dependendo da demonstração da abusividade das cláusulas no caso concreto, o que não é a hipótese dos autos. Confira: REsp 678.431/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.02.2005, DJ 28.02.2005 p. 252; e REsp 587.639/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.06.2004, DJ 18.10.2004 p. 238. X - O contrato de mútuo expressa um acordo de vontades, não existindo qualquer fundamento para a pretensão de nulidade de cláusula prevendo a cobrança da taxa de risco de crédito ou taxa de administração conforme os julgados dos Tribunais Regionais Federais. XI - É válida a execução extrajudicial regida pelo Decreto-lei nº 70/66, visto que ao devedor é assegurado o direito de postular perante o Poder Judiciário, em ação apropriada, no caso de eventual ilegalidade ocorrida no curso do procedimento adotado. XII - Descabe, outrossim a alegada irregularidade no procedimento de execução em face da escolha unilateral do agente fiduciário pela mutuante considerando a inexistência de qualquer previsão contratual ou legal em contrário. XIII - Agravo legal não provido. (AC 00035682320094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2012

..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA JULGADA MONOCRATICAMENTE. APELAÇÃO CÍVEL. MÚTUO HIPOTECÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA (SFH). PRETENDIDA REVISÃO DAS CLAUSULAS CONTRATUAIS CONSIDERADAS ABUSIVAS NO TOCANTE A POSIÇÃO DOS DEVEDORES. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO CELEBRADO PELO SISTEMA SACRE. RECURSO IMPROVIDO. 1. (...) 2. Não procede a preliminar de nulidade, uma vez que não se verifica a necessidade da produção de prova pericial nos casos em que se discute o Sacre, já que a matéria é exclusivamente de direito. (...) 9. agravo legal não provido.(AC 00043560820074036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/06/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

INVERSÃO NA CONTABILIZAÇÃO DAS PARCELAS

A correção do saldo devedor antes da amortização é correta, justifica-se tal procedimento em razão da defasagem gerada pela diferença de um mês entre a tomada do financiamento e o pagamento da primeira prestação. Nesse sentido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. Tabela Price. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência de prequestionamento. Reexame fático probatório. CES. TR. (...) - O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor. - (...) Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência pacífica e recente do STJ a respeito do tema. Agravo no recurso especial não provido." (STJ, 3ª Turma, AGRESP 1036303, v.u., DJE de 03/02/2009, Relatora Ministra Nancy Andrighi)

"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES). INADMISSIBILIDADE. TAXA REFERENCIAL (TR). JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITES. SISTEMA DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. LEGALIDADE. QUESTÃO JÁ SEDIMENTADA NO ÂMBITO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."

(STJ, 4ª Turma, AGA 875531, v.u., DJE de 08/09/2008, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior) - **destaques nossos**

Taxas de Administração e Risco de Crédito

Não existe ilegalidade ou abuso na cobrança das Taxas de Administração e de Risco de Crédito, desde que haja

previsão contratual para sua incidência:

CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - ADOÇÃO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO CRESCENTE - TAXA DE JUROS EFETIVOS - LIMITE DE 12% AO ANO - CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR - APLICAÇÃO DO CDC - VALIDADE DO PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO - DECRETO-LEI 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - MEDIDA CAUTELAR JULGADA IMPROCEDENTE. 1.(...) 16. Não se verifica ilegalidade na cobrança das Taxas de Administração e de Risco de Crédito, vez que se encontra expressamente prevista no contrato. E, havendo previsão contratual para tal cobrança, é ela legítima e não pode a parte autora se negar a pagá-la. As referidas taxas servem para fazer frente às despesas administrativas com a celebração e a manutenção do contrato de mútuo e não possuem o condão de, por si só, levar o mutuário à condição de inadimplência. 17. (...) 29. Recurso parcialmente provido, para afastar a extinção do feito, mas julgar improcedente o pedido inicial. 30. Sentença reformada.(AC 200461140015274, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 CJI DATA:23/08/2010 PÁGINA: 489.) DIREITO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. JUROS. LIMITES LEGAIS. SEGURO HABITACIONAL. REGULARIDADE NA EVOLUÇÃO DO CONTRATO. CDC. APLICABILIDADE. DL 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO 1. (...) 6. A cobrança da taxa de administração e risco de crédito está prevista no item 10, letra "C", do quadro-resumo do contrato firmado. Assim, tendo sido livremente pactuada, cabia ao autor demonstrar eventual abusividade na sua cobrança, ônus do qual não se desincumbiu. 7. (...) 14. Agravo legal improvido. (AC 00004793720064036119, JUIZA CONVOCADA SILVIA ROCHA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, TRF3 CJI DATA:21/10/2011 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Seguro

A aquisição de seguro é obrigatória para financiamentos imobiliários, porém a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Acerca do tema o C. STJ editou Súmula recentemente:

Súmula 473: "O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada."

Execução Extrajudicial

O Colendo Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade da execução extrajudicial fundada no Decreto-lei nº 70/66 com a Constituição Federal, não se podendo falar em inconstitucionalidade ou não recepção pela nova ordem constitucional:

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

***Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República**, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.*

Recurso conhecido e provido.

(STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário n.º 223075, rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU 06/11/98, p. 22)"

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. **O decreto-lei n. 70/66, que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil.** Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, 2ª Turma, RE-AgR 513546, relator Ministro Eros Grau, Dje 15/08/2008)*

APLICAÇÃO DO CDC - INVOCAÇÃO GENÉRICA

Embora seja reconhecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo no âmbito do Sistema financeiro da Habitação, tal não se faz de forma absoluta, a lei consumerista é inaplicável aos contratos com cobertura do saldo devedor pelo FCVS e àqueles que são anteriores à sua vigência:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR CONTRÁRIAS À LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO, NO JULGAMENTO DO RESP 489.701/SP. APLICAÇÃO DA TR PARA A ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. TABELA PRICE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL - CES. QUESTÃO DECIDA MEDIANTE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 489.701/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJ de 16.4.2007), decidiu que: (a) "o CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo"; (b) "entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas". 2 (...) 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (RESP 200602810229, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:28/04/2008.)

Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH. CDC. Contrato firmado anteriormente a sua vigência. Prévia atualização e posterior amortização do saldo devedor. Possibilidade. Multa moratória. Ausência de limitação. - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência. - O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor. - A redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei nº 9.298/96, que modificou o CDC, aplica-se apenas aos contratos celebrados após a sua vigência. Agravo não provido. (AGRESP 200701652902, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:20/11/2008.)

Em relação à aplicabilidade do CDC ao caso concreto, não são suficientes meras alegações genéricas de prática abusiva ou onerosidade excessiva no contrato:

"Com relação à aplicabilidade do CDC, cumpre referir que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já consagrou o entendimento de que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297).

Todavia, não se verificando nenhuma prática abusiva por parte do agente financeiro, assim como indemonstrado eventual ônus excessivo, desvantagem exagerada, enriquecimento ilícito por parte da mutuante, nulidade de cláusula contratual, ofensa aos princípios da transparência e da boa-fé etc., da incidência das referidas normas ao caso em exame não resulta nenhum efeito prático, sendo despiciente a invocação genérica e abstrata de necessidade de proteção ao consumidor." (Des. Fed. Valdemar Capeletti - TRF 4 - AC 1999.71.04.005362-3/RS) No mesmo sentido: REsp 417644/RS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ 30-9-02, p. 258, RNDJ 36/153, unânime.

Por isso, conquanto admita-se nessas ações a incidência das normas e princípios do CDC, não há, no caso dos autos, nenhum outro efeito prático decorrente de sua aplicabilidade além da possibilidade de livre contratação de seguro.

Assim, dou parcial provimento ao recurso de apelação da parte autora, tão somente, para afastar a obrigatoriedade de contratação do seguro com o agente financeiro ou com seguradora por ele indicada.

Considerando que a sucumbência da ré foi mínima, os ônus sucumbenciais devem ser atribuídos a parte autora, porém em razão do deferimento do benefício da assistência judiciária (fls. 67) não se impõe condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **DOU PARCIAL**

PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pela parte autora, na forma acima estabelecida, mantendo no mais a sentença recorrida.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO
APELANTE : EDNA BERNARDES FIGUEIRAS CIONI e outros
: PAOLO CHIAROTTINO
: JOSE PEDROSA DE LIMA
: MARIA EUNICE ZACHARIAS (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : MARIA LUCIA DUTRA RODRIGUES PEREIRA
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : GABRIEL AUGUSTO GODOY

DECISÃO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO: Cuida-se de Agravo oposto em face de acórdão assim ementado:

FGTS. CORREÇÃO DA CONTA VINCULADA. IPC. FEVEREIRO DE 1989.

- Existência de precedentes do E. STJ declarando direito à correção pelo percentual de 10,14% (fev/89), todavia o índice oficial naquele mês alcançando o percentual de 18,35%, não se depreendendo que o entendimento fosse de superposição do índice de 10,14% sobre o de 18,35% e não comprovando a parte autora o reajuste por índice inferior àquele reconhecido pelo E. Tribunal Superior.

- Recurso de apelação a que se nega provimento.

Os autores agravaram discordando das conclusões do julgado.

É o Relatório.

Decido.

Não conheço do presente agravo.

Inicialmente, cabe consignar que em nosso ordenamento jurídico impera o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade do recurso, de maneira que não é possível a interposição simultânea de mais de um recurso.

Por outro lado, cada decisão é atacável por um único recurso. É o chamado princípio da adequação do recurso, de maneira que quem pretende recorrer de uma decisão judicial deve buscar, no ordenamento vigente, a figura recursal adequada.

No caso dos autos, os autores pretendem atacar o julgado por meio de Agravo Legal, o que não é possível, em razão de falta de previsão legal.

É que em se tratando de processo no Tribunal, utiliza-se o agravo para atacar decisões monocráticas, sendo certo que o recurso de apelação interposto em face da sentença prolatada nos autos foi julgado pela Turma Z do Judiciário em dia, não se tratando, portando, de mera decisão monocrática a autorizar o manejo do presente agravo.

Ante o exposto, **nego seguimento ao agravo legal**, nos termos dos arts. 557 do CPC e 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2012.
RUBENS CALIXTO
Juiz Federal Convocado

00019 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0026564-88.2004.4.03.6100/SP

2004.61.00.026564-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : LOURIVAL RODRIGUES FERREIRA e outro
: MICHELLE ALMEIDA DA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JOSE GUILHERME BECCARI e outro
REPRESENTANTE : AMMESP ASSOCIACAO DOS MUTUARIOS E MORADORES DO ESTADO
DE SAO PAULO

DESPACHO

Ciência à parte autora da negativa de interesse da Caixa Econômica Federal na conciliação.
Intimem-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00020 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002743-11.2003.4.03.6126/SP

2003.61.26.002743-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : OSWALDO GOMES DE PAULA e outro
: NEUZA GOMES DE PAULA
ADVOGADO : LEANDRO REINALDO DA CUNHA
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO MINAYA SEVERINO

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação da r. sentença (fls. 238/242) que extinguiu o feito sem julgamento do mérito quanto ao pedido de baixa na hipoteca e julgou improcedentes os demais pedidos, condenando os autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios, suspendendo o pagamento em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Apela a parte autora (fls. 246/259) sustentando, em síntese, que deve ser aplicado o BTNF (41,28%) para atualização do saldo devedor em março de 1990; que deve ser excluída TR para correção do saldo devedor; que é necessária a inversão na forma de amortização das prestações; que a Tabela Price comporta juros compostos, bem como que tem direito de buscar no mercado um seguro com melhores condições. Requer, por consequência, a reforma integral da r. sentença recorrida.

Sem contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.
Decido.

EXPURGO DO ÍNDICE DE 84,32% (IPC - MARÇO/90)

Pacificou-se o entendimento de que é aplicável o índice de 84,32% (IPC de março/90) ao saldo devedor dos contratos firmados no âmbito do SFH :

*"AGRAVO REGIMENTAL. MÚTUO HABITACIONAL. SALDO DEVEDOR. AMORTIZAÇÃO. FORMA. REAJUSTE EM ABRIL/90. IPC DE MARÇO/90. 84,32%. ATUALIZAÇÃO PELA TR. POSSIBILIDADE. 1. Na amortização do saldo devedor dos contratos celebrados no âmbito do SFH incidem primeiro os juros e a correção monetária para, depois, ser abatida a prestação mensal paga. 2. **O saldo devedor dos contratos imobiliários firmados sob as normas do SFH deve ser corrigido, em abril de 1990, pelo IPC de março do mesmo ano, no percentual de 84,32%.** 3. É possível a utilização da TR na atualização do saldo devedor de contrato de financiamento imobiliário, quando houver a expressa previsão contratual no sentido da aplicabilidade dos mesmos índices de correção dos saldos da caderneta de poupança. 4. Agravo regimental desprovido."*

(STJ, 4ª Turma, AGA 984064, v.u., DJ 25/05/2009, Relator Ministro João Otávio de Noronha)

*"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. SFH . CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA. SÚMULA 168/STJ. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. ADOÇÃO DA TAXA REFERENCIAL - TR. POSSIBILIDADE. ABRIL/90. IPC DE MARÇO NO PERCENTUAL DE 84,32%. PRECEDENTES. 1 - **Está pacificado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC (ERESP n. 218.426/ES, CORTE ESPECIAL, DJU de 19.04.2004).** 3 - Do mesmo modo, sem controvérsia a tese de ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador do saldo devedor do contrato sob exame, desde que seja o índice que remunera a caderneta de poupança livremente pactuado (AgRg na Pet 4.831/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, DJ 27.11.2006). 3 - Incidência da súmula 168/STJ. 4 - Agravo regimental desprovido."*

(STJ, Corte Especial, AERESP 684466, v.u., DJ de 03/09/2007, Relator Ministro Fernando Gonçalves) - destaques nossos

Taxa Referencial -TR

O contrato celebrado entre as partes previu a atualização do saldo devedor pela UPC - Unidade Padrão de Capital (fls. 22 verso). A perícia judicial concluiu que referida forma de correção foi observada (fls. 152 e 161), não sendo caso de afastamento da taxa referencial portanto, conforme já observado pelo Juízo na r. sentença recorrida.

INVERSÃO NA CONTABILIZAÇÃO DAS PARCELAS

A correção do saldo devedor antes da amortização é correta, justifica-se tal procedimento em razão da defasagem gerada pela diferença de um mês entre a tomada do financiamento e o pagamento da primeira prestação. Nesse sentido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

*"Direito civil e processual civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional. SFH . Tabela Price. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência de prequestionamento. Reexame fático probatório. CES. TR. (...) - **O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor.** - (...) Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência pacífica e recente do STJ a respeito do tema. Agravo no recurso especial não provido."*

(STJ, 3ª Turma, AGRESP 1036303, v.u., DJE de 03/02/2009, Relatora Ministra Nancy Andri ghi)

*"CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (PES). INADMISSIBILIDADE. TAXA REFERENCIAL (TR). JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITES. **SISTEMA DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. LEGALIDADE. QUESTÃO JÁ***

SEDIMENTADA NO ÂMBITO DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."

(STJ, 4ª Turma, AGA 875531, v.u., DJE de 08/09/2008, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior) - **destaques nossos**

Tabela Price - Capitalização de juros - Amortização Negativa

Com relação à Tabela Price, assentou-se que somente a análise do caso concreto poderá elucidar a respeito da capitalização de juros:

"Com efeito, partindo da premissa de que é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade nos contratos de mútuo celebrados no Sistema Financeiro da Habitação, as manifestações dos amici curiae representantes de categorias ligadas a mutuários ou consumidores tentam demonstrar que a utilização da Tabela Price, como método de amortização, violaria essa vedação. Trazem doutrina na área das ciências atuárias e matemáticas, gráficos de evolução de dívidas, bem como tabelas comparativas dos diversos sistemas de amortização. De outra parte, os amici curiae representantes das instituições financeiras, como a FEBRABAN, apregoam a inexistência de anatocismo na Tabela Price, trazendo também vasto material que julgam pertinente. É que caberá à Corte, se for o caso, decotar os juros capitalizados, se demonstrada a prática de anatocismo. Porém, não pode o STJ chegar a esta ou àquela conclusão mediante análise de fórmulas matemáticas - em relação às quais sequer os matemáticos chegam a um consenso -, ou mediante apreciação de gráficos ou planilhas de evolução comparativa da dívida, de modo genérico e valendo para todos os casos.

Nessa situação, cada caso em julgamento, envolvendo as fórmulas adequadas, resultará em um valor do saldo devedor. A apuração correta do quantum, por certo, demandará realização da necessária perícia.

Em realidade, na estreita via do recurso especial, não está a Corte vocacionada à análise de provas, sejam elas estampadas em fórmulas matemáticas, gráficos ou planilhas, por força do enunciado nas Súmulas 05 e 07."

(Trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial - Repetitivo 1.070.297, v.u., DJE de 18/09/2009, 2ª Seção, STJ)

"SFH. CONTRATO. REVISÃO. TABELA PRICE. INCIDÊNCIA DE JUROS CAPITALIZADOS. REEXAME DE PROVA. SÚMULAS 05 E 07/STJ. - A existência, ou não, de capitalização de juros no sistema de amortização conhecido como Tabela Price, constitui questão de fato, a ser solucionada a partir da interpretação das cláusulas contratuais e/ou provas documentais e periciais, procedimento que encontra óbice nas Súmulas 05 e 07/STJ. - Do ponto de vista estritamente econômico-financeiro, a taxa efetiva de juros pressupõe capitalização. Isto é, temos a taxa nominal, em que o período de formação e incorporação dos juros ao capital não coincide com aquele a que a taxa está referida (ex: 12% ao ano, com capitalização mensal), e a taxa efetiva, em que tais períodos coincidem (ex: 1% ao mês, com capitalização mensal). Em outras palavras, na taxa efetiva de juros a unidade de tempo de referência é igual à unidade de tempo dos períodos de capitalização. A despeito disso, em contratos bancários é comum o uso de metodologias próprias de cálculo de juros, inclusive com a utilização equivocada de termos econômico-financeiros, sem rigorismo técnico. Diante disso, somente por intermédio de cálculos matemáticos é possível certificar-se quanto à existência ou não de capitalização nas taxas de juros aplicadas ao negócio. Recurso especial a que se nega provimento."

(STJ, 3ª Turma, RESP 894682, v.u., DJE de 29/10/2009, relatora Ministra Nancy Andrigh) - **destaques nossos**

No caso dos autos, a análise das provas produzidas, em especial a Planilha de Evolução do Financiamento (fls. 82/98), permite concluir pela ocorrência da chamada amortização negativa, configurando a vedada capitalização de juros.

Nessas hipóteses as parcelas de juros não-pagas devem ser acumuladas em conta apartada, sujeitas somente à correção monetária, sem a incidência de novos juros. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. FCVS. LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO-PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO MEIO DE SE EVITAR A CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. 1. A utilização do Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) pode ensejar a cobrança de juros sobre juros, como, por exemplo, na hipótese de amortização negativa do saldo devedor. 2. Tal situação é explicada pelo descompasso existente entre a correção monetária do saldo devedor, normalmente com base nos índices aplicáveis à caderneta de poupança, e a atualização das prestações mensais, nos moldes definidos no Plano de Equivalência Salarial - PES -, ou seja, de acordo com a variação salarial da categoria profissional do mutuário. Nessa sistemática, o valor da prestação, freqüentemente corrigido por índices inferiores aos utilizados para a atualização do saldo devedor, com o passar do tempo, tornava-se insuficiente para amortizar a dívida, já que nem sequer cobria a parcela referente aos juros. Em consequência, o residual de juros não-pagos era incorporado ao saldo devedor e, sobre ele, incidia nova parcela de juros na prestação subsequente, em flagrante anatocismo. A essa situação deu-se o

nome de amortização negativa . 3. **Diante desse contexto, os Tribunais pátrios passaram a determinar que o quantum devido a título de juros não-pagos fosse lançado em uma conta separada, sujeita somente à correção monetária, tal como ocorreu na hipótese dos autos.** 4. Tal providência é absolutamente legítima, tendo em vista que a cobrança de juros sobre juros é vedada nos contratos de financiamento regulados pelo Sistema Financeiro de Habitação, ainda que livremente pactuada entre as partes contratantes, segundo o disposto na Súmula 121/STF, assim redigida: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada." 5. "A capitalização de juros, em qualquer periodicidade, é vedada nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, ainda que haja previsão contratual expressa, porquanto inexistente qualquer previsão legal, incidindo, pois, o enunciado 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal" (AgRg no REsp 630.238/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 12.6.2006). 6. Não há falar, outrossim, em ofensa à norma que prevê a imputação do pagamento dos juros antes do principal, na medida em que os juros não-pagos serão normalmente integrados ao saldo devedor, porém em conta separada, submetida somente à atualização monetária, como meio de se evitar a incidência de juros sobre juros. 7. No tocante à conta principal, a sistemática seguirá pela adoção da Tabela Price, conforme decidido pela Corte de origem, abatendo-se, em primeiro lugar, os juros, para, em seguida, amortizar o capital, mesmo porque "não é ilegal a utilização da tabela Price para o cálculo das prestações da casa própria, pois, por meio desse sistema, o mutuário sabe o número e os valores das parcelas de seu financiamento" (REsp 755.340/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 20.2.2006), ressalvadas as hipóteses em que a sua adoção implica a cobrança de juros sobre juros. 8. Agravo regimental desprovido. (STJ, 1ª Turma, AGRESP 200701182862, v.u. DJE 22/09/2008, Relatora Ministra Denise Arruda).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LANÇAMENTO DOS JUROS NÃO-PAGOS EM CONTA SEPARADA, COMO FORMA DE SE EVITAR A COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO. 1. **O inconformismo diz respeito à solução jurídica adotada pelo aresto impugnado, que, ao constatar a existência de anatocismo decorrente da amortização negativa, determinou que a parcela dos juros não-paga seja acumulada em conta apartada, sujeita à correção monetária pelos índices contratuais, sem a incidência de novos juros.** 2. **Tal determinação é legítima e não ultrapassa os limites da lide; tão-somente explicita a fórmula para o afastamento da capitalização decorrente das amortizações negativas, não incidindo o acórdão em julgamento extra-petita. Precedente: AgRg no REsp 954.113/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 22.9.2008.** 3. **Agravo regimental não-provido.**" (AGRESP 200801411010, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 11/02/2009)

Súmula 121 do STF:

"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada."

Seguro

A aquisição de seguro é obrigatória para financiamentos imobiliários, porém a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada.

Acerca do tema o C. STJ editou Súmula recentemente:

Súmula 473: "O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada."

Assim, a sentença deve ser parcialmente reformada para permitir a livre contratação do seguro no mercado, para afastar a incidência de juros sobre juros (amortização negativa), bem como para que sejam restituídos aos autores eventuais valores pagos além do devido.

Quanto às custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, determino sejam recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados, haja vista a sucumbência recíproca, com a ressalva de serem os apelantes beneficiários da Justiça Gratuita (fls. 35).

No que tange ao critério de correção monetária incidente sobre eventuais valores a serem devolvidos, aplica-se aquele previsto na Resolução do Conselho da Justiça Federal nº 134, de 21/12/2010, Capítulo 4 - Liquidação de Sentença/4.2 - Ações Condenatórias em Geral, aplicando-se somente a taxa Selic a partir do Código Civil de 2002.

Os juros de mora devem incidir: a) ao percentual de 6% ao ano, a partir da citação (art. 219, CPC); b) a partir do advento do Código Civil de 2002, de acordo com o disposto no art. 406 - aplicação da taxa Selic. Ressalte-se que não é caso de adotar o índice previsto na Lei nº 11.960, de 29.06.09, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, pela qual aplica-se o índice de correção monetária e percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, cabíveis nas condenações impostas à Fazenda Pública.

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA** para que as parcelas de juros não pagas sejam acumuladas em conta apartada, sujeitas à correção monetária, sem a incidência de novos juros, bem como para afastar a obrigatoriedade de contratação do seguro com o agente financeiro ou seguradora por ele indicada, tudo na forma acima estabelecida.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 19991/2012

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009281-08.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.009281-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : MARIA BERNARDETE DE CAMARGO MORAES
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : TANIA FAVORETTO e outro
No. ORIG. : 00092810820114036100 9 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Maria Bernardete de Camargo Moraes contra a sentença de fls. 134/135, que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, devendo, no entanto, ser observados os termos da Lei n. 1.060/50, por se tratar de beneficiária da Justiça Gratuita. Custas na forma da lei.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) anulação dos leilões e seus efeitos para que o valor de venda seja o real, conforme dispõe o art. 27, § 4º, da Lei n. 9.514/97, devendo ser restituído o valor remanescente;
- b) a execução prevista na Lei n. 9.514/91 ofende o disposto no art. 5º, LIV e LV da Constituição da República;
- c) "não há que se falar em ato jurídico perfeito, posto que os apelantes não estão negando a vigência das cláusulas contratuais, mas sim discutindo os abusos perpetrados pela apelada que culminou na situação insustentável dos mesmos";
- d) a discussão cinge-se à legalidade da execução hipotecária extrajudicial promovida pela apelada (fls. 134/143). Foram apresentadas contrarrazões às fls. 146/148

Decido.

Execução extrajudicial. Término. Registro da arrematação ou adjudicação do imóvel. Extinção da relação obrigacional. Impossibilidade de discussão das cláusulas contratuais do mútuo habitacional. Encerrada a execução extrajudicial pelo registro da arrematação ou adjudicação do imóvel, extingue-se a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional, dada a transferência do bem e, conseqüentemente, não remanesce interesse à ação de revisão de cláusulas contratuais:

"SFH. MÚTUO HABITACIONAL. INADIMPLÊNCIA. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. PROPOSITURA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

I - Diante da inadimplência do mutuário, foi instaurado procedimento de execução extrajudicial com respaldo no Decreto-lei nº 70/66, tendo sido este concluído com a adjudicação do bem imóvel objeto do contrato de financiamento.

II - Propositura de ação pelos mutuários, posteriormente à referida adjudicação do imóvel, para discussão de cláusulas contratuais, com o intuito de ressarcirem-se de eventuais pagamentos a maior.

III - Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de

Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, restando superadas todas as discussões a esse respeito.

IV - Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 prevê em seu art. 32, § 3º, que, se apurado na hasta pública valor superior ao montante devido, a diferença final será entregue ao devedor.

V - Recurso especial provido."

(STJ, REsp n. 886.150-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.04.07)

"CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - ARREMATACÃO DO IMÓVEL - SENTENÇA DE EXTINÇÃO - NÃO VERIFICADO O ENCERRAMENTO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL, COM O REGISTRO DA CARTA DE ARREMATACÃO - INTERESSE DE AGIR (...).

I. Não há, nos autos, notícias do encerramento da execução extrajudicial, com o registro da carta de arrematação, do que se conclui que subsiste o interesse dos mutuários quanto à discussão de cláusulas do contrato de mútuo habitacional (...)."

(TRF da 3ª Região, AC n. 2002.61.02.013864-5-SP, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 23.06.08)

Do caso dos autos. A apelante alega que "o perigo da demora é evidente, eis que o provimento daquele prosseguimento administrativo poderá redundar na alienação do imóvel dos apelantes, podendo causar evidente dano irreparável" (fl. 142).

Embora a ré tenha alegado em sede de contestação que "após a consolidação da propriedade o imóvel foi ofertado em licitação e vendido a terceiros em 07.06.11 (leilão 102/2011) - a contratação está sendo formalizada - adquirente Marcelo Antonio de Souza - (...)" (fl. 80), não consta dos autos o registro da arrematação ou adjudicação do imóvel, sem o qual, conforme o entendimento acima exposto, não há que se falar em ausência de interesse.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00002 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000168-70.2006.4.03.6111/SP

2006.61.11.000168-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ROBERTO SANTANNA LIMA e outro
APELADO : CELSO HERLING DE TOLEDO
ADVOGADO : CELSO FONTANA DE TOLEDO e outro

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 179/185, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) "(...) a inconclusividade da Perícia não resulta na improcedência do pedido, mas, sim, d.v., na não-competência do Perito para resolver a questão, ou mesmo dizer que nada concluiu, o que deveria resultar em determinação de nova perícia com a designação de novo Perito capaz (...);"

b) restou demonstrado que o réu efetuou o levantamento de quantia que foi creditada por erro em sua conta, tendo a obrigação de devolver os valores (fls. 189/196).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 205/208).

Decido.

FGTS. Saldo incorreto. Comind. Consoante estabelece o art. 876 do Novo Código Civil, todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. À vista dessa disposição, não se sustenta a política do fato consumado, isto é, de que a eventual movimentação da conta vinculada consolida o direito do correntista sobre o valor decorrente de errônea transmissão de informações pelo Comind. Nesse sentido, o art. 309 do Novo Código Civil, segundo o qual o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que provado depois que não era credor, deve ser interpretado em favor daquele que realiza o pagamento, que fica liberado perante o real credor, sem que daí se conclua que o credor ilegítimo possa se apropriar do valor correspondente. A boa-fé do correntista do FGTS não é panacéia que o torne imune às regras jurídicas que impedem o enriquecimento sem causa, implicando seu dever de restituir o indébito na hipótese de já ter movimentado sua conta vinculada, cuja impenhorabilidade (Lei n. 8.036/90, art. 2º, § 2º) não se comunica à totalidade do patrimônio do correntista, pois inconfundíveis. Não medra a objeção de que a impenhorabilidade da conta vinculada subsistiria sobre o valor indevidamente recebido pelo correntista. Por outro lado, ainda se admita a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (o que é duvidoso dada a disciplina legal específica do FGTS), a norma do seu art. 42, parágrafo único, impede que o consumidor seja exposto a ridículo ou submetido a constrangimento ou ameaça. Mas não é isso que se verifica quando a instituição financeira limita-se a comunicar a existência da irregularidade e insta o correntista à correspondente regularização segundo as formas juridicamente admissíveis. De resto, não há falar em cobrança de quantia indevida, pois na hipótese de irregular movimentação a cobrança é, claro está, devida. É admissível, conforme as circunstâncias, a compensação, em conformidade com o art. 369 do Novo Código Civil, visto ser esse, com efeito, o procedimento usual na escrita da conta vinculada do FGTS. Não há dúvida de que aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro (NCC, art. 877). Contudo, para tanto não é necessária prestação de contas (CPC, arts. 914 e segs.), pois todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (CPC, art. 322). Restam ainda algumas considerações sobre a denúncia da lide e a prescrição. Quanto à primeira, somente é admissível nos termos do art. 70 do Código de Processo Civil, o que não sucede na espécie: dizer que o banco depositário é responsável pelos lançamentos efetuados nas contas vinculadas durante o período em que estiverem sob sua administração (Decreto n. 99.684/00, art. 24) não possa ser corrigida falha procedimental. Dito de outro modo, o dano ao Fundo é causado menos pela falha, cuja regularização se objetiva, que pela apropriação do numerário por quem não é dele titular. Pelas mesmas razões, não há falar em "responsabilidade objetiva" decorrente de negligência, imperícia ou qualquer outro fundamento (cfr. NCC, arts. 186, 187, 927, parágrafo único), pois a causa do dano está na apropriação, que afeta o volume de recursos do FGTS, não no equívoco concernente à transmissão de informações à CEF. Em verdade, o erro não acarreta dano ao correntista que suscita responsabilidade objetiva, mas sim seu enriquecimento sem causa. Por fim, algumas considerações sobre a prescrição. Conforme o art. 2.028, serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Sob a vigência do Código Civil de 1916, era aplicável o seu art. 177, que estabelecia o prazo de 20 (vinte) anos para a prescrição das ações pessoais. Atualmente, é aplicável o prazo prescricional de 3 (três) anos para pretensão relativa ao enriquecimento sem causa. Cumpre verificar, caso a caso, se, contado da data do saque até a entrada em vigor do Novo Código Civil (11.01.03), transcorreram 10 (dez) anos, situação em que se aplica o prazo da lei anterior. Caso contrário, aplica-se o prazo da lei nova.

Ausência de provas. Ônus do autor. Improcedência. O inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que cabe ao autor comprovar os fatos que sejam constitutivos de seu direito. Desse modo, a mera alegação da existência de direito não pode servir de fundamento à sua pretensão, implicando na improcedência do pedido inicial:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- 1. Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que se entendeu pela anulação da sentença porque "[a]usentes, nos autos, os elementos probatórios imprescindíveis ao exame da causa, [...], a ensejar a adequada instrução do processo".*
- 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação ao art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que incumbia à parte autora fazer prova do que alegou na inicial, razão pela qual, reconhecida a inexistência de prova dos fatos constitutivos de seu direito, correto seria o julgamento de improcedência do pedido, e não a anulação da sentença a fim de que fossem produzidas novas provas, as quais, em momento algum, foram solicitadas na primeira instância pela própria parte autora.*
- 3. O chamado "ônus da prova" é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao non liquet, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos.*

4. Ainda acerca do direito probatório, convém ressaltar que, via de regra, a oportunidade adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção.

(...)

9. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor.

10. Na espécie, tem-se ação condenatória cujo objetivo é ver a União ressarcir a parte autora por pagamentos derivados de contratos administrativos e realizados com atraso, sem, contudo, fazer incidir a correção monetária.

11. A partir do acórdão que veio a enfrentar embargos infringentes, fica evidenciado que a parte autora simplesmente deixou de, em sua inicial, juntar documentos básicos que comprovassem sua pretensão, provas estas que estavam ao seu alcance produzir - e, mais do que isto, cuja produção a ela é imputada por lei. Trechos do acórdão recorrido (fls. 342/343, e-STJ).

(...)

14. Sendo caso de direitos disponíveis (em relação à autora) e tendo ela permanecido silente em réplica e quando chamada a se manifestar pela produção de outras provas, na verdade, é caso puro e simples de sentença de improcedência. Não há nulidade a ser declarada porque todo o iter processual foi seguido estritamente na forma da lei, sob pena de o Tribunal de origem estar se substituindo às partes na condução de seus interesses patrimoniais (malversação do princípio do dispositivo).

15. A formação de coisa julgada material em desfavor da parte autora, longe de ser pena demasiada, é mera consequência de sua desídia na formação do conjunto probatório, desídia esta que não justifica a anulação de sentença proferida nos termos da lei.

16. Recurso especial provido a fim de julgar o processo extinto com resolução de mérito pela improcedência do pedido.

(STJ, 2ª Turma, REsp n. 840.690/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.10)

Do caso dos autos. Trata-se de demanda ajuizada pela Caixa Econômica Federal contra Celso Fontana de Toledo, objetivando a restituição dos valores recebidos indevidamente a título de FGTS, acrescidos de juros e atualização monetária.

A CEF juntou aos autos os documentos de fls. 12/20 (extrato da conta vinculada a partir de 10.06.93, comprovante de levantamento do saldo, nota de cálculo do débito, comunicação de inconsistência do banco Comind e correspondência enviada ao réu).

Com base em tais documentos, foi realizada perícia técnica que concluiu não haver nos autos prova do quanto alegado pela autora (fls. 79/82), ao que a CEF juntou novos documentos de fls. 91/112.

Instada a se manifestar acerca de interesse em nova apreciação por parte do perito judicial, a CEF afirmou que "(...) não mais persiste o seu interesse em nova manifestação do perito, pelo que não se opõe ao julgamento da lide no estado em que se encontra" (fl. 117). Não obstante, o MM. Juízo *a quo* entendeu ser necessária a complementação do laudo pericial e, de ofício, determinou sua realização (fl. 124).

A análise dos novos documentos, contudo, não permitiu conclusão diversa por parte do perito judicial, que reafirmou a ausência de provas das alegações da autora (fls. 136/138). Por fim, a CEF juntou aos autos parecer de seu assistente técnico e documentos (fls. 141/174).

A sentença impugnada julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Não assiste razão à apelante.

Os documentos juntados pela CEF não são suficientes para demonstrar o alegado erro na transferência de valores entre os bancos. A perícia foi realizada por profissional qualificado e de confiança do Juízo, não havendo falar em inconclusividade decorrente de ausência de conhecimento técnico por parte do perito, pois a perícia, realizada por duas vezes e abrangendo documentos diversos, permitiu concluir que não há provas nos autos de que o réu levantou valores indevidos. Ao contrário do que quer fazer crer a CEF, o fato de a conclusão da prova pericial não lhe favorecer não torna a prova inútil ao processo, mas sugere a improcedência do pedido inicial.

Insta apontar que, apesar de intimada para manifestar-se acerca de interesse em produção de provas (fl. 116), a autora afirmou que não pretendia sequer a realização da segunda perícia, que foi determinada pelo MM. Juiz *a quo* de ofício, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, e concluiu novamente pela ausência de documentos a provar as alegações da autora.

É certo que, não sendo devidos ao apelante os valores por ele levantados de sua conta, fica o réu obrigado a restituí-los, para impedir o enriquecimento sem causa, a teor do art. 964 do Código Civil então vigente, correspondente ao art. 876 do Código Civil de 2002. Entretanto, é ônus da parte autora demonstrar o quanto alegado, ônus do qual não se desincumbiu.

A sentença, portanto, não merece reforma.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 03 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00003 CAUTELAR INOMINADA Nº 0011948-30.2012.4.03.6100/SP

2012.61.00.011948-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE : WAGNER DOS SANTOS
ADVOGADO : ROBSON APARECIDO RIBEIRO DA SILVA e outro
REQUERIDO : Caixa Economica Federal - CEF
: EMGEA Empresa Gestora de Ativos
No. ORIG. : 00119483020124036100 7 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de medida cautelar inominada proposta por Wagner dos Santos, com pedido liminar, objetivando a "que se suspenda o Leilão Extrajudicial, do imóvel ou, em não havendo tempo hábil, sejam suspensos os efeitos do Leilão, com o Registro na Matrícula do Imóvel 48.487 do 11 Registro de imóvel, localizado à Rua Lilian Iervolino n. 115, Jardim Cruzeiro" (cfr. fls. 6/7).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) o autor firmou contrato com a ré de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia e outras obrigações em junho de 2006;
- b) deixou de pagar as prestações, pois ficou desempregado, mas mesmo assim procurou a ré para um acordo, quando tomou conhecimento que pelo sistema de financiamento que havia firmado, a propriedade já estava consolidada em nome da requerida;
- c) inconformado, propôs ação ordinária de anulação de consolidação da propriedade, Processo n. 2009.61.00.011045-4 distribuído a 15ª Vara Cível Federal, em fase recursal, em que pretende suspender a adjudicação do imóvel em favor da requerida;
- d) o pedido foi julgado improcedente, pois o contrato foi firmado no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, regulamentado pela Lei n. 9.514/97 que, segundo o autor, contradiz os princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição da República;
- e) há o *fumus boni iuris*, pois está demonstrado que se o leilão se efetivar o autor terá um enorme prejuízo;
- f) o *periculum in mora* encontra-se no fato de, realizado o leilão, o autor perderá de vez a titularidade do domínio (fls. 2/7).

Os autos foram distribuídos inicialmente ao MM. Juízo da 7ª Vara Cível Federal de São Paulo (SP) (cfr. fl. 15), que determinou a remessa dos autos a esta Corte para redistribuição por dependência aos Autos n. 0011045-97.2009.4.03.6100 (fls. 18/19).

Determinou ao autor que emendasse a petição inicial, comprovando a designação ou realização do leilão que se pretende suspender, esclarecendo sobre possível perda do objeto e fornecendo cópia da petição inicial, contestação e sentença relativa aos autos principais (2009.61.00.011045-4, cfr. fl. 3), bem como declaração de pobreza para eventual concessão da assistência judiciária gratuita (fl. 22).

O autor manifestou-se, esclarecendo que vem tentando pagar as prestações devidas junto à CEF, "pois fez seu contrato através de alienação fiduciária, e por consequência da alienação o imóvel foi adjudicado a EMGEA" (fl. 23). Informa, ainda, que a licitação encerrará em 28.09.12 e a CEF receberá propostas até referida data (fls. 23/24).

Foi indeferido o pedido de liminar (fls. 68/69).

A Caixa Econômica Federal - CEF contestou com os seguintes argumentos:

- a) "conforme os próprios autores confessam na inicial, o imóvel que lhes fora financiado será levado a leilão, procedimento perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico nacional e do qual teve plena ciência";

- b) o Decreto-lei 70/66 é, pacificamente consolidado pelos Tribunais, constitucional, haja vista que não viola o princípio do devido processo legal, apenas estabelece uma forma legal de executar o bem do devedor;
- c) ausência de *fumus boni iuris* para interposição de cautelar, pois traz os mesmos argumentos já declarados improcedentes na principal e repetidos em sede cautelar;
- d) é expressamente autorizada a execução pelo credor mesmo se houver ação relativa ao débito, conforme se verifica no art. 585, §1º, do Código de Processo Civil, aplicável ao procedimento previsto no Decreto-lei 70/66 e com se verifica nas jurisprudências deste Tribunal e Superiores (fls. 72/74).
- A parte autora manifestou-se sobre a contestação da ré (fls. 79/80).

Decido.

Propositura diretamente no tribunal. Requisitos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Admitida a possibilidade de apreciação da medida cautelar diretamente no tribunal, exige-se os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consubstanciados, respectivamente, na plausibilidade do direito invocado e na irreversibilidade do dano provocado. Precedentes do TRF da 3ª Região (AC n. 200061100004867, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03.08.09 e AC n. 199903990942861, Rel. Des. Fed. Johansom di Salvo, j. 03.03.09).

Execução extrajudicial. Constitucionalidade. A execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada. É nesse sentido a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98).

2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade."

(STF, RE-AgR n. 408.224-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 02.08.07, DJ 31.08.07, p. 33)

"EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98).

2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.

(STF, AI-AgR n. 600.876-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 18.12.06, DJ 23.02.07, p. 30)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70, DE 1966. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXV, LIV E LV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO.

Por ser incabível a inovação da questão, em sede de agravo regimental, não se conhece da argumentação sob o enfoque de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os fundamentos da decisão agravada mantêm-se por estarem em conformidade com a jurisprudência desta Corte quanto à recepção do Decreto-Lei 70, de 1966, pela Constituição de 1988.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AI-AgR n. 312.004-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, j. 07.03.06, DJ 28.04.06, p. 30)

EMENTA 1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição Federal.

2. Agravo regimental improvido.

(STF, AI-AgR n. 514.585-P, Rel. Min. Elen Gracie, unânime, j. 13.12.05, DJ 24.02.06, p. 36)

EMENTA: - Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66.

- Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido.

(STF, RE n. 287.453-RS, Rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ 26.10.01, p. 63)

EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.

Recurso conhecido e provido.

(STF, RE n. 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 06.11.98, p. 22)

EMENTA: SFH. (...) - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - DECRETO-LEI Nº 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE. (...)

- É pacífico em nossos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e em nossa mais alta Corte, a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66.

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

(STJ, AGA n. 945.926-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, j. 14.11.07, DJ 29.11.07, p. 220)
EMENTA: PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. LEILÃO. DEVEDOR. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE.

1. Esta Corte tem entendimento assente no sentido da necessidade de notificação pessoal do devedor do dia, hora e local da realização do leilão de imóvel objeto de contrato de financiamento, vinculado ao SFH, em processo de execução extrajudicial sob o regime do Decreto-lei n° 70/66. Precedentes

2. Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp n. 697093-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, j. 17.05.05, DJ 06.06.05, p. 344)

EMENTA: Execução extrajudicial. Decreto-lei n° 70/66. Ação ordinária. Citação por edital. Ação de consignação. Posterior decisão com trânsito em julgado anulando a execução extrajudicial.

1. Já está pacificada a jurisprudência sobre a constitucionalidade do Decreto-lei n° 70/66, que prevê a possibilidade da citação por edital no art. 31, § 2º, com a redação dada pela Lei n° 8.004/90.

(...)

(STJ, REsp n. 534.729-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, j. 23.03.04, DJ 10.05.04, p. 276)

Do caso dos autos. Verifica-se da petição inicial dos Autos n. 2009.61.00.011045-4 que o autor afirmou que adquirira o imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH (cfr. fl. 32) e reconheceu o inadimplemento decorrente da perda do emprego.

A parte autora não demonstrou quaisquer irregularidades no cumprimento do contrato, insurgindo-se contra cláusulas legalmente previstas e aceitas no momento de sua assinatura.

Estabelecida a constitucionalidade da execução extrajudicial, prevista no Decreto-lei n. 70/66, não merece prosperar a pleiteada medida cautelar.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido inicial, extingo o processo com resolução do mérito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Condeno a parte autora a pagar as custas e os honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Publique-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00004 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000205-18.2006.4.03.6105/SP

2006.61.05.000205-6/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : DANIELE CRISTINA ALANIZ MACEDO e outro
APELADO : VALDIR DALBERTO
ADVOGADO : EMERSON EUGENIO DE LIMA e outro
No. ORIG. : 00002051820064036105 5 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 342/345, que julgou improcedente o pedido da CEF e procedente o pedido do reconvinte para condenar a CEF a efetuar o desbloqueio dos valores que se encontram depositados na conta vinculada ao FGTS de titularidade do réu, condenando a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) é incontroverso que os valores levantados pelo réu, e ora demandados, foram creditados em sua conta vinculada em duplicidade por erro;
- b) a má-fé não é requisito do pagamento indevido, de modo que não importa o comportamento do réu, existindo o dever de restituir o quanto indevidamente recebeu;
- c) não há falar em prescrição (fls. 352/357).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 362/369).

Decido.

FGTS. Saldo incorreto. Comind. Consoante estabelece o art. 876 do Novo Código Civil, todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. À vista dessa disposição, não se sustenta a política do fato consumado, isto é, de que a eventual movimentação da conta vinculada consolida o direito do correntista sobre o valor decorrente de errônea transmissão de informações pelo Comind. Nesse sentido, o art. 309 do Novo Código Civil, segundo o qual o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que provado depois que não era credor, deve ser interpretado em favor daquele que realiza o pagamento, que fica liberado perante o real credor, sem que daí se conclua que o credor ilegítimo possa se apropriar do valor correspondente. A boa-fé do correntista do FGTS não é panacéia que o torne imune às regras jurídicas que impedem o enriquecimento sem causa, implicando seu dever de restituir o indébito na hipótese de já ter movimentado sua conta vinculada, cuja impenhorabilidade (Lei n. 8.036/90, art. 2º, § 2º) não se comunica à totalidade do patrimônio do correntista, pois inconfundíveis. Não medra a objeção de que a impenhorabilidade da conta vinculada subsistiria sobre o valor indevidamente recebido pelo correntista. Por outro lado, ainda se admita a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (o que é duvidoso dada a disciplina legal específica do FGTS), a norma do seu art. 42, parágrafo único, impede que o consumidor seja exposto a ridículo ou submetido a constrangimento ou ameaça. Mas não é isso que se verifica quando a instituição financeira limita-se a comunicar a existência da irregularidade e insta o correntista à correspondente regularização segundo as formas juridicamente admissíveis. De resto, não há falar em cobrança de quantia indevida, pois na hipótese de irregular movimentação a cobrança é, claro está, devida. É admissível, conforme as circunstâncias, a compensação, em conformidade com o art. 369 do Novo Código Civil, visto ser esse, com efeito, o procedimento usual na escrita da conta vinculada do FGTS. Não há dúvida de que àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro (NCC, art. 877). Contudo, para tanto não é necessária prestação de contas (CPC, arts. 914 e segs.), pois todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (CPC, art. 322). Restam ainda algumas considerações sobre a denúncia da lide e a prescrição. Quanto à primeira, somente é admissível nos termos do art. 70 do Código de Processo Civil, o que não sucede na espécie: dizer que o banco depositário é responsável pelos lançamentos efetuados nas contas vinculadas durante o período em que estiverem sob sua administração (Decreto n. 99.684/00, art. 24) não possa ser corrigida falha procedimental. Dito de outro modo, o dano ao Fundo é causado menos pela falha, cuja regularização se objetiva, que pela apropriação do numerário por quem não é dele titular. Pelas mesmas razões, não há falar em "responsabilidade objetiva" decorrente de negligência, imperícia ou qualquer outro fundamento (cfr. NCC, arts. 186, 187, 927, parágrafo único), pois a causa do dano está na apropriação, que afeta o volume de recursos do FGTS, não no equívoco concernente à transmissão de informações à CEF. Em verdade, o erro não acarreta dano ao correntista que suscita responsabilidade objetiva, mas sim seu enriquecimento sem causa. Por fim, algumas considerações sobre a prescrição. Conforme o art. 2.028, serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Sob a vigência do Código Civil de 1916, era aplicável o seu art. 177, que estabelecia o prazo de 20 (vinte) anos para a prescrição das ações pessoais. Atualmente, é aplicável o prazo prescricional de 3 (três) anos para pretensão relativa ao enriquecimento sem causa. Cumpre verificar, caso a caso, se, contado da data do saque até a entrada em vigor do Novo Código Civil (11.01.03), transcorreram 10 (dez) anos, situação em que se aplica o prazo da lei anterior. Caso contrário, aplica-se o prazo da lei nova.

Do caso dos autos. Trata-se de demanda ajuizada pela Caixa Econômica Federal contra Valdir Dalberto, objetivando a restituição dos valores recebidos indevidamente a título de FGTS, acrescidos de juros de 6% a. a. e atualização monetária.

A CEF juntou aos autos documentos que foram objeto de perícia contábil, na qual se concluiu que, de fato, os valores demandados nos autos foram indevidamente creditados na conta vinculada do autor, o qual, sem conhecimento de tal fato, efetivou o levantamento (fls. 270/272).

A sentença impugnada julgou improcedente o pedido da CEF e procedente a reconvenção (fls. 58/63), ao fundamento de que prevalece a boa-fé do réu.

Assiste razão à apelante.

Os documentos juntados pela CEF são suficientes para demonstrar o alegado erro na transferência de valores entre os bancos, fato confirmado pela perícia técnica.

Não sendo devidos ao apelante os valores por ele levantados de sua conta, fica obrigado a restituí-los, para impedir o enriquecimento sem causa, a teor do art. 964 do Código Civil então vigente, correspondente ao art. 876 do Código Civil de 2002.

Merece, portanto, ser reformada a sentença para julgar procedente o pedido da autora e improcedente a reconvenção.

Sobre o valor devido incide a Taxa Selic a título de juros e correção monetária. A partir da entrada em vigor do novo Código Civil deve-se aplicar a regra contida no art. 406 deste último diploma legal, a qual corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se a não-incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa

(STJ, REsp n. 200700707161, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.02.11).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da CEF para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido inicial e condenar o réu a restituir a quantia levantada a maior, corrigida pela Taxa Selic, bem como para julgar improcedente a reconvenção, tudo com fundamento no art. 269, I, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

Condene o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que ora fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 29 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00005 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003649-83.2011.4.03.6105/SP

2011.61.05.003649-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : ANTONIO FERNANDO GALASSO e outro
: IRAILDE MARIA CARNEIRO GALASSO
ADVOGADO : CEZAR DONIZETE DE PAULA e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : JEFFERSON DOUGLAS SOARES e outro
No. ORIG. : 00036498320114036105 2 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Antonio Fernando Galasso e Iranilde Maria Carneiro Galasso contra a sentença de fls. 651/656v., que julgou extinto sem resolução do mérito o pedido atinente à anulação da arrematação do imóvel em razão da inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-lei n. 70/66, com fundamento no art. 267, V, do Código de Processo Civil, e julgou improcedentes os pedidos deduzidos pela parte autora, resolvendo o mérito do feito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Os honorários advocatícios foram fixados em R\$ 2.500,00 a cargo de cada autor, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) interesse na designação de audiência de conciliação;
- b) o relatório da sentença está incompleto, o que enseja sua nulidade, conforme dispõe o art. 458 do Código de Processo Civil;
- c) inoccorrência de litispendência, uma vez que a questão ora discutida "não é sobre a inconstitucionalidade do Decreto-lei, e sim a aplicação do art. 31, II e III, no caso concreto";
- d) houve equívoco na sentença ao afastar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor;
- e) não houve observância da obrigatoriedade de envio das notificações aos apelantes, conforme dispõe o art. 31 do Decreto-lei n. 70/66;
- f) no processo executivo promovido pela apelada "não estão presentes os documentos necessários e indispensáveis para sua instrução e validade";
- g) os apelantes não são contrários ao procedimento de arrematação e adjudicação do imóvel, apenas reivindicam seus direitos com base na nulidade do processo de execução extrajudicial adotado pela apelada, contrário ao art. 31 do Decreto n. 70/66;
- h) a apelada não se manifestou acerca dos documentos acostados às fls. 296/377, o que configura causa de nulidade da sentença, conforme dispõe o art. 398 do Código de Processo Civil;
- i) ante a necessidade da produção de prova pericial requerida pelos apelantes, no MM. Juiz *a quo* não poderia ter decidido o processo antecipadamente;
- j) ao dispor sobre a forma do recebimento do recurso de apelação, a sentença provocou "confusão ritualística" prevista nos arts. 521 e 518, ambos do Código de Processo Civil;
- k) a sentença recorrida deve ser anulada (fls. 682/710).

Decido.

Execução extrajudicial. Constitucionalidade. A execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada. É nesse sentido a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98).

2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.

(STF, RE-AgR n. 408.224-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 02.08.07, DJ 31.08.07, p. 33)

EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98).

2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.

(STF, AI-AgR n. 600.876-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 18.12.06, DJ 23.02.07, p. 30)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70, DE 1966. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXV, LIV E LV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO.

Por ser incabível a inovação da questão, em sede de agravo regimental, não se conhece da argumentação sob o enfoque de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os fundamentos da decisão agravada mantêm-se por estarem em conformidade com a jurisprudência desta Corte quanto à recepção do Decreto-Lei 70, de 1966, pela Constituição de 1988.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AI-AgR n. 312.004-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, j. 07.03.06, DJ 28.04.06, p. 30)

EMENTA 1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição Federal.

2. Agravo regimental improvido.

(STF, AI-AgR n. 514.585-P, Rel. Min. Elen Gracie, unânime, j. 13.12.05, DJ 24.02.06, p. 36)

EMENTA: - Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66 .

- Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido.

(STF, RE n. 287.453-RS, Rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ 26.10.01, p. 63)

EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66 . CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.

Recurso conhecido e provido.

(STF, RE n. 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 06.11.98, p. 22)

EMENTA: SFH. (...) - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - DECRETO-LEI Nº 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE.

(...)

- É pacífico em nossos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e em nossa mais alta Corte, a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 .

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

(STJ, AGA n. 945.926-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, j. 14.11.07, DJ 29.11.07, p. 220)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66 . LEILÃO. DEVEDOR. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE.

1. Esta Corte tem entendimento assente no sentido da necessidade de notificação pessoal do devedor do dia, hora e local da realização do leilão de imóvel objeto de contrato de financiamento, vinculado ao SFH, em processo de execução extrajudicial sob o regime do Decreto-lei nº 70/66 . Precedentes

2. Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp n. 697093-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, j. 17.05.05, DJ 06.06.05, p. 344)

EMENTA: Execução extrajudicial. Decreto-lei nº 70/66 . Ação ordinária. Citação por edital. Ação de consignação. Posterior decisão com trânsito em julgado anulando a execução extrajudicial.

1. Já está pacificada a jurisprudência sobre a constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 , que prevê a possibilidade da citação por edital no art. 31, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 8.004/90.

(...)

(STJ, REsp n. 534.729-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, j. 23.03.04, DJ 10.05.04, p. 276)

Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Derrogação das cláusulas contratuais subordinadas à alteração econômica. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de financiamento do SFH não cobertos pelo FCVS. No entanto, somente se autoriza a derrogação das cláusulas contratuais na hipótese de superveniente alteração objetiva das condições econômicas, pelas quais o agente financeiro se locupletaria indevidamente mediante o ilegítimo encargo suportado pelo mutuário:

"EMENTA: PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO COM COBERTURA DO FCVS - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SE COLIDENTES COM AS REGRAS DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA.

1. O CDC é aplicável aos contratos do SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, incidindo sobre contratos de mútuo.

2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas.

3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público.

4. Recurso especial improvido."

(STJ, 1ª Turma, REsp n. 200201597565-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 28.02.07, DJ 16.04.07, p. 158)

"EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. COBERTURA DO FCVS. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. AVENÇA DE FEIÇÃO PÚBLICA. NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO DESTA STJ (...).

1. A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria regidos pelas regras do SFH foi decidida pela Primeira Seção no sentido de que: (i) naqueles contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência de normas do direito administrativo pertinentes, com exclusão das normas de direito privado; (ii) Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS, sua natureza privada atrairá a incidência das normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor, consoante assente no âmbito da Primeira Seção deste Sodalício. (REsp 489.701 - SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Primeira Seção, julgado em 28 de fevereiro de 2007) (...)."

(STJ, 1ª Turma, REsp n. 200500299115-PB, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 17.05.07, DJ 31.05.07, p. 334)

Perícia. Contrato do sistema Sacre. Indeferimento. Em que pese seja genericamente conveniente a prova pericial nas ações relativas a contratos de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, pois tais contratos por vezes subordinam o reajuste das prestações à situação econômica do mutuário, faz-se prescindível prova dessa espécie quando, nos casos de contratos sujeitos ao reajuste pelo sistema Sacre, a questão for exclusivamente de direito ou os fatos puderem ser provados por outros meios:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SFH. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. REAJUSTE DE PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR. NECESSIDADE DE PERÍCIA.

- Na inicial a recorrente pleiteia a condenação da CEF à revisão do contrato para que: seja obedecida a periodicidade anual de reajuste, conforme planilha acostada; sejam aplicados juros anuais de 10,00%, sem cumulatividade; possam contratar novo seguro, em outra seguradora; proceda à amortização da dívida anteriormente à correção do saldo, nos termos da letra 'e' do artigo 6º da Lei nº

4.380/64, bem como aplique a tabela 'price' no lugar da SACRE; sejam restituídos em dobro os valores pagos a maior; a CEF conceda quitação do financiamento após o prazo de 240 meses, bem como seja declarada nula a cláusula 14ª que responsabiliza o mutuário pelo saldo devedor residual.

- É prescindível o exame técnico no caso concreto, porquanto as matérias são eminentemente de direito e não apresentam complexidade que demande exame técnico, conforme bem argumentou o Juízo 'a quo', de sorte que não há qualquer cerceamento de defesa e violação aos princípios constitucionais elencados nos incs. XXXV, LIV e LV da CF/88."

(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AG n. 200603000225770, Rel. DEs. Fed. André Nabarrete, unânime, j. 16.07.07, DJ 11.09.07, p. 417, grifei)

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DO SFH. SACRE. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - O juiz é o destinatário da prova, sujeito da relação processual responsável por verificar a necessidade de realização de alguma das espécies admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, nos termos do artigo 130, do CPC.

II - O feito originário trata de ação na qual a recorrente visa o reconhecimento de irregularidades cometidas pela Caixa Econômica Federal - CEF no que diz respeito à observação dos critérios de reajustamento das prestações e de atualização do saldo devedor referentes ao contrato de mútuo habitacional.

III - Quanto à alegação de que não foi observado pela Caixa Econômica Federal - CEF a correta aplicação dos índices previamente estabelecidos para reajustamento de parcelas e atualização do saldo devedor, tal comprovação independe da produção de prova pericial, eis que se trata de contrato lastreado em cláusula SACRE. Precedentes desta Colenda 2ª Turma.

IV - Não obstante a desnecessidade de realização de prova pericial, há de se ter em conta que inicialmente foi deferido efeito suspensivo ao presente recurso para que a perícia fosse realizada.

V - As provas, assim, já deferidas e eventualmente realizadas não devem ser desprezadas, mas sim devidamente avaliadas. Mantenho, pois, a realização da perícia já deferida.

(...)

VIII - Agravo parcialmente provido.

(TRF da 3ª Região, AG n. 200703000645751, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, unânime, j. 02.10.07, DJ 26.10.07, p. 411, grifei)

"EMENTA: SISTEMA HIPOTECÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. SISTEMA SACRE. APLICAÇÃO DA TR. LIMITAÇÃO DE JUROS.

1. Não é o caso de ser realizada perícia quando controvérsia versa sobre questões meramente de direito, na medida em que se discute a legalidade dos critérios de cálculo estipulados no contrato.

2. O contrato em questão foi firmado no âmbito do Sistema Hipotecário, não sendo aplicadas ao acordo as regras do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

3. A adoção do sistema SACRE é ato jurídico perfeito, devendo ser observado pelas partes contratantes, visto que sua sistemática não propicia a ocorrência da capitalização de juros.

4. Firmado o contrato na vigência da Lei nº 8.177/91 e, prevendo a correção do saldo devedor pelos mesmos índices que reajustam as cadernetas de poupança que, por sua vez, são reajustadas pela TR, não há qualquer ilegalidade na utilização deste indexador.

5. Descabe limitar juros remuneratórios em 12% a.a. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4, entendeu, que a norma inscrita no § 3.º do art. 192 da Constituição Federal, revogada pela EC n.º 40/03, não era de eficácia plena e estava condicionada à edição de lei complementar que regularia o sistema financeiro nacional e, com ele, a disciplina dos juros. Ademais, a matéria foi pacificada pela Súmula n.º 648 do STF."

(TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC n. 200371000355877, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros, unânime, j. 07.11.06, DJ 29.11.06, p. 865, grifei)

"EMENTA: SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. SISTEMA SACRE. LEGALIDADE. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

- O indeferimento de prova pericial que tinha por objetivo a verificação do cumprimento, pelo agente financeiro, de critérios considerados inaplicáveis ao contrato em questão coaduna-se com os princípios da celeridade e da economia processual, não constituindo, de forma alguma, cerceamento de defesa.

- O Sistema de Amortização Crescente (Sacre), eleito no contrato, atribui às prestações e ao saldo devedor os mesmos índices e atualização, mantendo íntegras as parcelas de amortização e de juros, que compõem as prestações, o que possibilita a quitação do contrato no prazo convencionado.

- A adoção do Sistema Sacre, é ato jurídico perfeito que deve ser respeitado por ambas as partes, sendo que a utilização de tal sistema nos contratos de mútuo encontra amparo legal nos artigos 5º, caput, e 6º, ambos da Lei nº 4.380/64.

- Apelação improvida, com a manutenção da decisão a quo."

(TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC n. 200370000040475, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, unânime, j. 16.06.05, DJ 20.07.05, p. 557, grifei)

Execução extrajudicial. Pressupostos formais observados. Validade. Tendo o agente fiduciário constituído o devedor em mora e realizado o leilão, observados os pressupostos formais do Decreto-lei n. 70/66, não há que se falar em irregularidade:

"EMENTA: SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL.(...) AUSÊNCIA DE NULIDADE. DECRETO-LEI 70/66. CONSTITUCIONALIDADE PRESSUPOSTOS FORMAIS.

(...)

3. Restringe-se a competência desta Corte à uniformização de legislação infraconstitucional (art. 105, III, da CF), por isso que o exame da alegada incompatibilidade da execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto-Lei 70/66 com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório significaria usurpar a competência do STF para exame de matéria constitucional. Ademais, o Decreto-lei nº 70/66 já teve sua inconstitucionalidade

definitivamente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, que firmaram o entendimento de que a citada legislação não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição e nem mesmo o do devido processo legal.

4. Atendidos pelo agente fiduciário todos os pressupostos formais impostos pelo Decreto-lei nº 70/66 para constituição do devedor em mora e realização do leilão, não há que se falar em irregularidade do procedimento de execução extrajudicial do imóvel, inexistindo motivo para a sua anulação.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido."

(STJ, 1ª Turma, REsp n. 867.809-MT, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 05.12.06, DJ 05.03.07, p. 265)

Do caso dos autos. A parte autora pleiteia a anulação do processo de execução extrajudicial, o reconhecimento da ilegitimidade da atuação do agente fiduciário, e a declaração de inconstitucionalidade do Decreto-lei n. 70/66 (fls. 34/35).

A parte autora alega que o relatório está incompleto, tendo em vista que teria deixado de registrar "o relevante incidente processual na questão da produção de prova, provocado pelo Juízo (fls. 174/207 dos autos)". No entanto, consta da sentença expressamente "os autores a produção de prova pericial contábil, que foi deferida à f. 174" e "nova remessa dos autos à Contadoria, que apresentou os cálculos das prestações e do saldo devedor às ff. 205-207".

Não medra a alegação quanto ao suposto equívoco da sentença e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. A sentença consignou que "é firme a jurisprudência quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação" (fls. 652/653).

Quanto às supostas causas de nulidade do processo executivo extrajudicial, os documentos de fls. 136 e 139 demonstram que a autora Irailde Maria Carneiro Galasso foi pessoalmente notificada a purgar a mora, enquanto o autor Antonio Fernando Galasso recusou-se a recebê-la (fl. 131), não havendo que se falar em irregularidade. Insta ressaltar que os apelantes foram intimados via edital da realização dos leilões (fls. 140/142 e 143/145).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada. Dessa forma, verifica-se que a sentença está em consonância com o referido entendimento, razão pela qual não merece reforma.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00006 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000926-07.2010.4.03.6112/SP

2010.61.12.000926-8/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : RUBENS BELONI (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : RENATA CARDOSO CAMACHO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : SONIA COIMBRA e outro
No. ORIG. : 00009260720104036112 5 Vr PRESIDENTE PRUDENTE/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Rubens Beloni contra a sentença de fls. 101/103, que julgou improcedente o pedido quanto aos juros progressivos, uma vez que o autor teve sua primeira anotação em carteira profissional de trabalho em 1972.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) o apelante fez a opção em 05.06.74, mas de forma retroativa a 01.01.67, na forma da Lei n. 5.958/73, preenchendo todos os requisitos contidos nesta Lei;
- b) "ao apelante cabe o direito a apuração e reposição dos valores expurgados de sua conta vinculada, bem como a atualização e remuneração desses valores nos termos do aplicável ao sistema fundiário";

c) apelante efetuou saques da conta com autorização do sistema fundiário, portanto, tem o direito ao saque também dos valores que forem creditados por conta do presente pleito;

d) o STJ decidiu que a fixação da verba honorária em montante muito aquém do que seria razoável ofende a dignidade profissional do advogado, na medida em que a fixação além desse limite implicaria enriquecimento ilícito do causídico vitorioso, portanto, é perfeitamente cabível condenação em honorários advocatícios em toda ação onde seja indispensável o advogado (fls. 105/133).

Decido.

Juros progressivos. A Lei n. 5.107, de 13.09.66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, previu a incidência de juros sobre os depósitos, na progressão de 3% a 6%, para os optantes que permanecessem na mesma empresa pelo lapso de tempo fixado no seu art. 4º.

Em 21.09.71, adveio a Lei n. 5.705, cujo art. 1º alterou a redação do art. 4º da Lei n. 5.107/66 e fixou em 3% a.a. (três por cento ao ano) a capitalização dos referidos juros. Todavia, manteve sua progressividade para as contas vinculadas existentes à data de sua publicação, consoante seu art. 2º, desde que o empregado permanecesse na mesma empresa, pois, no caso de mudança de emprego, o direito à progressividade cessaria e os juros passariam a incidir à taxa de 3% a.a. (três por cento ao ano).

Em 10.12.73, foi editada a Lei n. 5.958, que possibilitou aos empregados que não optaram pelo regime quando do advento da Lei n. 5.107/66 o direito de fazê-lo com efeitos retroativos a 01.01.67 ou à data da admissão ao emprego se posterior àquela, desde que houvesse a concordância do empregador. Porém, omitiu-se a respeito do alcance de seus efeitos, sobretudo no que diz respeito à taxa de juros. Para os tribunais, a taxa progressiva de juros deveria incidir retroativamente, com respaldo na mencionada lei, orientação que culminou com a súmula n. 154 do Superior Tribunal de Justiça:

Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei n. 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva de juros, na forma do art. 4º da Lei n. 5.107, de 1966.

Conclui-se, portanto, que os empregados admitidos até 22.09.71, data de publicação da Lei n. 5.705, e que optaram pelo FGTS nos termos da Lei n. 5.958/73 fazem jus à capitalização de juros progressivos. E não o fazem os contratados após. Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e da 5ª Turma deste Tribunal:

FGTS - JUROS PROGRESSIVOS - LEIS 5.107/66, 5.705/71 E 5.958/73 - SÚMULA 154/STJ - OPÇÃO FEITA APÓS O ADVENTO DA LEI 5.958/73 - NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS.

(...)

5. Somente há direito aos juros progressivos se a opção foi feita na vigência da Lei 5.107/66 ou na forma da Lei 5.958/73, não bastando apenas que a opção date de período posterior a 10.12.73, sem que preenchidos os requisitos contidos na última lei.

(...)

7. Recurso especial da CEF não conhecido e improvido o recurso especial do autor.

(REsp n. 459.230, 2ª T., relª Min. Eliana Calmon, j. 24.06.03, unânime, DJ 25.08.03, p. 282)

FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.

- A Lei 5.107/66 criou o FGTS e dispôs no artigo 4º que a capitalização dos juros far-se-ia na progressão de 3% a 6%. A Lei 5.705/71 alterou o artigo 4º e fixou a aplicação dos juros em 3% ao ano. Foi mantido o sistema dos juros progressivos para os optantes à data da publicação daquela lei, conforme seu artigo 2º. A Lei 5.958/73 assegurou a todos o direito de fazer a opção retroativa a 1º de janeiro de 1967 ou à data de admissão ao emprego se posterior àquela. O preceito da Súmula 154 do STJ deve ser interpretado adequadamente. Os trabalhadores admitidos até 22 de setembro de 1971 e que optaram retroativamente têm direito à aplicação dos juros progressivos. Entretanto, não o têm aqueles contratados após.

(...)

(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 895121, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, unânime, j. 31.05.04, DJ 31.08.04)

FGTS. CONTAS VINCULADAS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. DOCUMENTOS ESSENCIAIS. CARÊNCIA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR. OPÇÃO RETROATIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. MULTA DIÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DA CEF PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Há prova nos autos da existência das contas vinculadas: os registros em carteiras de trabalho, onde constam data de admissão e da opção, banco e agência depositária.

2. A taxa progressiva de juros é devida, nos termos do artigo 4º da Lei n. 5.107 de 1966.

(...)

(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 685637, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 28.08.01, DJ 05.03.02)

Do caso dos autos. Os documentos de fls. 29/35 comprovam que o autor foi admitido em 1972 e optou pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS depois da modificação do art. 4º da Lei n. 5.107/66 operada pela Lei n. 5.705/71, quando passou a vigorar a incidência de juros no percentual único de 3% (três por cento).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Publique-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00007 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007848-48.2011.4.03.6106/SP

2011.61.06.007848-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CLEUSA MARIA DE JESUS ARADO VENANCIO e outro
APELADO : LAUDELINA GONCALVES SACARANARO (= ou > de 60 anos)
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS VESCHI CASTILHO DE OLIVEIRA e outro
SUCEDIDO : ERCIO SCARANARO
No. ORIG. : 00078484820114036106 4 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF contra a sentença de fls. 40/43, que julgou procedente o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, condenando a ré a ressarcir ao autor a diferença encontrada pela aplicação da taxa de juros progressivos da conta vinculada do FGTS do Ercio Scaranaro, a ser apurada em liquidação de sentença, que levará em conta a data inicial de opção e aquela em que a conta foi liquidada, sendo que o montante devido deverá sofrer a incidência da taxa SELIC, e por fim, condenou a ré ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) na presente demanda existiu mero pedido genérico de aplicação da taxa de juros progressivos, sem a efetiva demonstração dos requisitos necessários para que caracterizasse tal aplicação;
- b) nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas não haverá condenação em honorários advocatícios (fls. 46/49).

Decido.

Opção anterior a Lei n. 5.705, de 22.09.71. Falta de interesse de agir. O interesse processual caracteriza-se pela necessidade da tutela jurisdicional, decorrente do conflito de interesses (lide), e sua adequação para dirimi-lo. Os trabalhadores que optaram pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS na vigência da Lei n. 5.107, de 13.09.66, e antes da entrada em vigor da Lei n. 5.705, de 21.09.71, foram beneficiados pela progressividade dos juros no tempo. Não havia outra alternativa a essa forma de correção. Somente com a edição desta última lei fixou-se o percentual único de 3% (três por cento), ressaltando-se os direitos adquiridos daqueles optantes do sistema inicial (3% a 6%). Portanto, nesses casos, não basta a comprovação da opção na vigência da Lei n. 5.107/66: o demandante precisa provar, também, que a ré não realizou a capitalização progressiva dos juros na sua conta vinculada.

Confira-se, entre tantos outros no mesmo sentido, alguns julgados abaixo selecionados:

"FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.

(...)

- A Lei 5.107/66 criou o FGTS e dispôs no artigo 4º que a capitalização dos juros far-se-ia na progressão de 3% a 6%. A Lei 5.705/71 alterou o artigo 4º e fixou a aplicação dos juros em 3% ao ano. Foi mantido o sistema dos juros progressivos para os optantes à data da publicação daquela lei, conforme seu artigo 2º. A Lei 5.958/73

assegurou a todos o direito de fazer a opção retroativa a 1º de janeiro de 1967 ou à data de admissão ao emprego se posterior àquela. O preceito da Súmula 154 do STJ deve ser interpretado adequadamente. Os trabalhadores admitidos até 22 de setembro de 1971 e que optaram retroativamente têm direito à aplicação dos juros progressivos. Entretanto, não o têm aqueles contratados após.

- É de se acolher a preliminar relativa à carência da ação por falta de interesse processual do(s) autor(es) que tenha(m) sido admitido(s) e que tenha(m) optado pelo FGTS na vigência da legislação que determinava a aplicação da taxa progressiva de juros. Inexiste prova de que tais depósitos não foram realizados corretamente.

- Rejeitada a preliminar argüida em contra-razões. Acolhida a preliminar argüida pela CEF e provida a apelação, para decretar a carência de ação por falta de interesse processual e extinguir o feito sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC."

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 2002.03.99.044035-2, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 01.03.04, DJU 22.04.04, p. 247)

"PROCESSUAL CIVIL E FGTS -JULGADO 'ULTRA PETITA' - ILEGITIMIDADE PASSIVA DE PARTE DA UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DA CEF - JUNTADA DE DOCUMENTOS - PRESCRIÇÃO - OPÇÃO FEITA AO TEMPO DA LEI 5107/66 - INEXISTÊNCIA DE OPÇÃO RETROATIVA - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXISTÊNCIA DE PROVA DA NÃO APLICAÇÃO DOS JUROS PROGRESSIVOS. FIXAÇÃO DO TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

(...)

3. No caso em apreço, verifica-se a juntada de cópias da carteira de trabalho, indicando a existência da opção pelo regime do FGTS, bem como a vigência do contrato de trabalho nos períodos questionados. Preliminar rejeitada.

(...)

5. Quando a opção pelo FGTS deu-se sob a égide da Lei nº 5.107/66, que determinava a aplicação dos juros progressivos na conta fundiária, é de se reconhecer a carência da ação, por falta de interesse processual, mormente quando se verifica que inexistente prova de que tais depósitos não foram realizados corretamente.

6. Provada a não incidência da taxa progressiva de juros, é de se reconhecer a procedência do pedido, para os optantes pelo regime do FGTS em data anterior à vigência da Lei nº 5.705/71.

(...)

10. Julgado 'ultra petita' a que se restringe de ofício, e recurso da CEF a que se dá parcial provimento."

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 1999.61.00.020831-8, Rel. Des. Fed. Suzana Camargo, unânime, j. 15.09.03, DJU 11.11.03, p. 270)

FGTS. Honorários advocatícios. Isenção. Art. 29-C da Lei n. 8.036/90. MP n. 2.164-40/01. ADIn n. 2.736.

Inconstitucionalidade. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.736, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.164-40/01 que introduziu o art. 29-C na Lei n. 8.036/90, o qual previa a isenção quanto aos honorários advocatícios nas demandas entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas.

Do caso dos autos. Os documentos de fls. 15/17 comprovam que o autor Ercio Scaranaro optou pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS antes da modificação do art. 4º da Lei n. 5.107/66 operada pela Lei n. 5.705/71, quando ainda vigorava a incidência progressiva dos juros. Por outro lado, não demonstrou que a ré descumpriu o citado comando legal e deixou de creditar os juros de forma progressiva (3% a 6%).

Ante o exposto, *ex officio*, julgo o autor **CARECEDOR DA AÇÃO** e **EXTINGO** o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil e **JULGO PREJUDICADA** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00008 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007160-87.2011.4.03.6138/SP

2011.61.38.007160-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE : SILVIO SATRIUC

ADVOGADO : LUIZ ARTHUR SALOIO e outro

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 04/01/2013 183/214

APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : CLEUSA MARIA DE JESUS ARADO VENANCIO e outro
No. ORIG. : 00071608720114036138 1 Vr BARRETOS/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Silvio Satriuc contra a sentença de fls. 30/30v., que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ante a falta de interesse de agir. Condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) foi pedido que a recorrida juntasse aos autos os extratos, pois o autor é parte hipossuficiente na presente ação, sendo certo que referida documentação fica em poder da recorrida;
- b) não há necessidade de juntada de extratos comprobatórios de titularidade da conta, sendo que é entendimento dominante nos Tribunais Superiores acerca da prescindibilidade destes, podendo sua ausência ser suprida por outras provas;
- c) o autor tem direito à capitalização de juros de forma progressiva, visto que foi admitido no emprego antes de 22.09.71, data de publicação da Lei n. 5.705/71, e exerceu sua opção pelo regime FGTS e, ainda, porque permaneceu no mesmo emprego por prazo superior a dois anos (fls. 33/37).

Decido.

Opção anterior a Lei n. 5.705, de 22.09.71. Falta de interesse de agir. O interesse processual caracteriza-se pela necessidade da tutela jurisdicional, decorrente do conflito de interesses (lide), e sua adequação para dirimi-lo. Os trabalhadores que optaram pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS na vigência da Lei n. 5.107, de 13.09.66, e antes da entrada em vigor da Lei n. 5.705, de 21.09.71, foram beneficiados pela progressividade dos juros no tempo. Não havia outra alternativa a essa forma de correção. Somente com a edição desta última lei fixou-se o percentual único de 3% (três por cento), ressalvando-se os direitos adquiridos daqueles optantes do sistema inicial (3% a 6%). Portanto, nesses casos, não basta a comprovação da opção na vigência da Lei n. 5.107/66: o demandante precisa provar, também, que a ré não realizou a capitalização progressiva dos juros na sua conta vinculada.

Confira-se, entre tantos outros no mesmo sentido, alguns julgados abaixo selecionados:

"FGTS. TAXA PROGRESSIVA DE JUROS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.

(...)

- A Lei 5.107/66 criou o FGTS e dispôs no artigo 4º que a capitalização dos juros far-se-ia na progressão de 3% a 6%. A Lei 5.705/71 alterou o artigo 4º e fixou a aplicação dos juros em 3% ao ano. Foi mantido o sistema dos juros progressivos para os optantes à data da publicação daquela lei, conforme seu artigo 2º. A Lei 5.958/73 assegurou a todos o direito de fazer a opção retroativa a 1º de janeiro de 1967 ou à data de admissão ao emprego se posterior àquela. O preceito da Súmula 154 do STJ deve ser interpretado adequadamente. Os trabalhadores admitidos até 22 de setembro de 1971 e que optaram retroativamente têm direito à aplicação dos juros progressivos. Entretanto, não o têm aqueles contratados após.

- É de se acolher a preliminar relativa à carência da ação por falta de interesse processual do(s) autor(es) que tenha(m) sido admitido(s) e que tenha(m) optado pelo FGTS na vigência da legislação que determinava a aplicação da taxa progressiva de juros. Inexiste prova de que tais depósitos não foram realizados corretamente.

- Rejeitada a preliminar argüida em contra-razões. Acolhida a preliminar argüida pela CEF e provida a apelação, para decretar a carência de ação por falta de interesse processual e extinguir o feito sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC."

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 2002.03.99.044035-2, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 01.03.04, DJU 22.04.04, p. 247)

"PROCESSUAL CIVIL E FGTS -JULGADO 'ULTRA PETITA' - ILEGITIMIDADE PASSIVA DE PARTE DA UNIÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DA CEF - JUNTADA DE DOCUMENTOS - PRESCRIÇÃO - OPÇÃO FEITA AO TEMPO DA LEI 5107/66 - INEXISTÊNCIA DE OPÇÃO RETROATIVA - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXISTÊNCIA DE PROVA DA NÃO APLICAÇÃO DOS JUROS PROGRESSIVOS. FIXAÇÃO DO TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

(...)

3. No caso em apreço, verifica-se a juntada de cópias da carteira de trabalho, indicando a existência da opção pelo regime do FGTS, bem como a vigência do contrato de trabalho nos períodos questionados. Preliminar rejeitada.

(...)

5. Quando a opção pelo FGTS deu-se sob a égide da Lei nº 5.107/66, que determinava a aplicação dos juros progressivos na conta fundiária, é de se reconhecer a carência da ação, por falta de interesse processual,

mormente quando se verifica que inexistem provas de que tais depósitos não foram realizados corretamente.
6. Provada a não incidência da taxa progressiva de juros, é de se reconhecer a procedência do pedido, para os optantes pelo regime do FGTS em data anterior à vigência da Lei nº 5.705/71.

(...)

10. Julgado 'ultra petita' a que se restringe de ofício, e recurso da CEF a que se dá parcial provimento." (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 1999.61.00.020831-8, Rel. Des. Fed. Suzana Camargo, unânime, j. 15.09.03, DJU 11.11.03, p. 270)

Do caso dos autos. Os documentos de fls. 10/13 comprovam que o autor Silvio Satriuc optou pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS antes da modificação do art. 4º da Lei n. 5.107/66 operada pela Lei n. 5.705/71, quando ainda vigorava a incidência progressiva dos juros. Por outro lado, não demonstrou que a ré descumpriu o citado comando legal e deixou de creditar os juros de forma progressiva (3% a 6%).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação do autor, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00009 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005390-61.2011.4.03.6105/SP

2011.61.05.005390-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : TOP BRIGHT ESTETICA AUTOMOTIVA LTDA -EPP
ADVOGADO : MARCOS AURÉLIO ALBERTO e outro
No. ORIG. : 00053906120114036105 3 Vr CAMPINAS/SP

DECISÃO

Trata-se de **apelação e reexame necessário em mandado de segurança** interposto pela *União Federal* contra a r. sentença que concedeu a segurança para suspender da exigibilidade dos valores retidos na fonte, no percentual de 11% (onze por cento), descontados das notas fiscais relativas aos serviços prestados a terceiros, de acordo com o previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98, uma vez ser optante do SIMPLES.

A r. sentença julgou procedente o pedido inicial, afastando a retenção da contribuição prevista pelo artigo 31, do Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, em razão do contribuinte ser optante do SIMPLES.

Apela a União Federal, alegando que ser devida a retenção da alegada contribuição, tendo em vista a compatibilidade do artigo 31, da Lei nº 8212/91 com o Simples Nacional.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 31 da Lei 8.212, de 24.7.1991, redação que lhe foi dada pelo artigo 23 da Lei nº 9.711, de 20.11.1998, dispôs o seguinte:

Art. 31. *A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou*

fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observando o disposto no § 5º do art. 33. (redação da Lei n. 9.711/98)".

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devida sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço; (redação da Lei n.9.711/98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na formado parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição; (redação da Lei n. 9.711/98).

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação; (redação da Lei n. 9.711/98)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (redação do § 4º incisos da Lei n. 9.711/98)

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV- contratação de trabalho temporário na forma da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (redação da Lei n. 9.711/98).

Referido dispositivo sofreu nova redação pelo art. 9º da Lei nº 11.488/2007, nos seguintes termos:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devida sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço; (redação da Lei n.9.711/98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na formado parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição; (redação da Lei n. 9.711/98).

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação; (redação da Lei n. 9.711/98)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (redação do § 4º incisos da Lei n. 9.711/98)

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV- contratação de trabalho temporário na forma da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (redação da Lei n. 9.711/98).

O art. 9º da Lei nº 11.488/2007 foi revogado pela Lei nº 11.933/2009, a qual deu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009).

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§2o Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§3o Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§4o Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I-limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II-vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III-empregada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV-contratação de trabalho temporário na forma da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§5o O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 6o Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Este diploma jurídico estabeleceu responsabilidade tributária por substituição, atribuindo ao tomador dos serviços a obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento relativo ao valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Argumenta-se se esta inovação legislativa teria criado ou não nova contribuição sobre o faturamento, modificando a respectiva alíquota, ou a base de cálculo sobre a folha de pagamento.

Embora a norma em exame tenha por objetivo o prévio recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social, devidas em razão da folha de pagamento dos segurados do prestador de serviços, o caso é se a determinação imposta à fonte pagadora guarda ou não vínculo ou nexos lógicos com o pagamento dos salários.

A matéria *sub examem* não merece maiores ilações, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei 8.212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, tampouco alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

Deveras, o dispositivo legal mencionado revela, apenas, uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal. Sobre o tema, ressalte-se o seguinte trecho do voto condutor, proferido pelo Ministro José Delgado, no Resp nº 410.355/MG, *in verbis*:

Quanto ao mérito, tenho que a conclusão a que chegou o acórdão recorrido, com base na fundamentação desenvolvida, está correta. Transcrevo o inteiro teor do voto condutor, por adotar as suas razões para decidir (fls. 118/119):

'5. O ponto nodal da questão é saber se a referida exação constitui nova modalidade de contribuição. Tenho para mim que procedem as razões da recorrente, inexistindo qualquer afronta ao princípio da legalidade. A lei não criou nova exação, apenas conferiu ao sujeito passivo da relação jurídica tributária a condição de responsável pelo pagamento do tributo, cujo fato gerador virá a ocorrer com o efetivo pagamento dos salários. A norma toma como base de cálculo o faturamento para estimar um valor aproximado do que será devido à contribuição incidente sobre os salários, assegurando a restituição acaso não se realize o fato gerador, ou se existirem quantias pagas a maior. Note-se que o "quantum debeatur" será sempre equivalente a 20% sobre a folha de salários e outros rendimentos do trabalho. Ora, a sistemática está em harmonia com a Emenda Constitucional nº 3/93, que deu nova redação ao § 7º do artigo 150, "in verbis":

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

6. No caso, trata-se de substituição tributária para a frente, na qual a empresa contratante de serviços fica obrigada, em lugar da empresa contratada, a reter antecipadamente as quantias devidas a título das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários. Muito se questionou sobre a legitimidade desse dispositivo. Entretanto, parece-me que a norma consagra o princípio da "praticabilidade da tributação" (Sacha Calmon, Curso de Direito Tributário, p. 615, Forense, Rio de Janeiro, 1999), cobrando de um substituto por fato gerador de terceiro ainda não praticado, como já acontecia, aliás, com o imposto de transmissão de bens imóveis. Estas alterações, como bem lembrou o relator, permitem afastar a possível sonegação. Note-se, entretanto, que o ressarcimento é imediato caso não se realize o fato gerador, inexistindo enriquecimento ilícito para o Fisco.

7. Também não me parecem procedentes os argumentos para entender que o princípio da legalidade foi violado, haja vista que a devolução das quantias recolhidas foi disciplinada por mera ordem de serviço. Na verdade, o artigo 31 da referida lei já determina a restituição dos valores pagos, segundo os parâmetros estabelecidos na norma constitucional, limitando-se o ato administrativo a regular questões que não se enquadram nos parâmetros generalizantes da norma.

8. Ora, não se tratando de tributo novo, mas de simples alteração na forma de recolhimento do tributo não há porque falar em violação ao princípio do não-confisco ou que a cobrança constitui empréstimo compulsório disfarçado.

Ante o exposto, dou provimento à apelação e julgo prejudicada a remessa oficial."

Acrescento, ainda, aos argumentos suso-apresentados, os seguintes:

-a Lei nº 9.711, de 20/11/1998, que alterou o art. 31, da Lei nº 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento;

-a determinação do artigo 31 questionado configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária;

-o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal;

-a prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

Registro, ainda, que, na minha concepção, o que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária'.

Esse é o posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO.

1. A Lei nº 9.711, de 20/11/1999, que alterou o art. 31, da Lei nº 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o

contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Recurso não provido. (RESP 439155/MG, Relator Ministro José Delgado, D.J. de 23.09.2002)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO.

1. A retenção de contribuição previdenciária determinada pela Lei 9.711/98 não configura nova exação e sim técnica arrecadatória via substituição tributária, sem que, com isso, resulte aumento da carga tributária.

2. A Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, tampouco alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

3. A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, tornando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.

4. Precedentes da Corte.

5. Agravo Regimental provido. (AgRg no Ag 487846/RJ, Relator Luiz Fux, D.J. de 29/09/2003)

Nesta mesma esteira, justifica o Prof. Sérgio Pinto Martins, em sua obra "Direito da Seguridade Social" que o "objetivo é conseguir efetivamente cobrar das empresas prestadoras de serviço a exigência devida à Previdência Social. Assim, é feita a retenção na fonte do pagamento realizado pela tomadora de serviços à empresa prestadora."

Em razão das considerações alinhadas, entendo que a retenção de 11% sobre o preço dos serviços prestados não representa uma nova figura tributária, tendo plena correspondência com o ordenamento e uniforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Restando consagrada a constitucionalidade da retenção de 11% sobre as faturas de prestação de serviços, passo a análise do enquadramento legal da empresa.

No caso dos autos, a impetrante é optante do SIMPLES.

A opção das microempresas e empresas de pequeno porte pelo SIMPLES - sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições - implica na simplificação do cumprimento das obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias, nos termos do artigo 3º, § 1º da Lei 9.317/96, alterado pelas Leis Complementares nº 123/06, 127/07 e 128/08.

O objetivo é incentivar essas empresas, dispensando-lhes um tratamento jurídico diferenciado, que é incompatível com o regime de substituição tributária previsto pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/91. É dizer, determinar a retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse sentido, o C. STJ, por ocasião do julgamento do RESP nº 200901023112, Relator Castro Meira, submetido ao regime de que trata o art. 543-C do CPC, decidiu:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. JULGAMENTO DA MATÉRIA EM RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS REPETITIVOS.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência 511.001/MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.04.05, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo Simples é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91. A retenção, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. A matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 543-C do CPC e com a Resolução 08/08 do STJ, nos autos do recurso especial nº 1.112.467/DF, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, no qual restou assente o entendimento acima afirmado.

4. Recurso especial não provido.

(STJ, RESP 200901023112, RESP nº 1142462, Relator Castro Meira, Segunda Turma, DJ 29.04.2010).

Por fim, entendo perfeitamente aplicável à espécie os ditames do artigo 557, do Código de Processo Civil. Referido artigo, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, através de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior e, ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas hipóteses acima apontadas.

Diante do exposto, NEGOU SEGUIMENTO à apelação da União Federal e à remessa oficial. Prejudicado o agravo retido.

Publique-se e intime(m)-se

Decorrido o prazo recursal, devolvam-se os autos à vara de origem

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00010 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001089-86.2011.4.03.6100/SP

2011.61.00.001089-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : METODO ENGENHARIA S/A
ADVOGADO : HELIO LAULETTA JUNIOR e outro
: VANESSA NASR
APELADO : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
No. ORIG. : 00010898620114036100 3 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Método Engenharia S.A. contra a sentença de fls. 641/644v., proferida em mandado de segurança, que homologou a desistência manifestada pelo impetrante em relação aos débitos n. 30.957.016-6 e n. 31.308.340-1, nos termos do art. 267, VIII, do Código de Processo Civil e denegou a segurança, extinguindo o processo, com a resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Apela-se, em síntese, com os seguintes argumentos:

- a) o presente mandado de segurança, com pedido liminar, foi impetrado para que fossem suspensas ou extintas do sistema da impetrada os apontamentos relativos às NFLDs n. 30957016-6, n. 31.308.340-1 e n. 39.315.542-0, e das divergências das GFIPs dos períodos de 05.10, 06.10, 07.10, 08.10, 09.10 e 11.10, para que fosse expedida, em favor da impetrante a certidão positiva com efeitos negativos;
- b) considerando que o pedido liminar foi indeferido e, tendo em vista, ainda, a urgência para obtenção da certidão positiva com efeitos negativos, a apelante depositou judicialmente o valor referente à NFLD n. 39315542-0;
- c) ao efetuar o depósito, a apelante requereu que a exigibilidade do débito tributário fosse suspensa, pedido deferido à fl. 635;
- d) a apelante desistiu da demanda quanto aos débitos n. 30957016-6 e n. 31308340-1;
- e) o pedido de expedição da CND Previdenciária foi concedido administrativamente em 31.03.11, em decorrência

da comprovação da suspensão da sua exigibilidade em razão do depósito judicial efetuado pela apelante;

f) as divergências das GFIPs referentes às competências de 05.10 a 09.10, relativas à matrícula CEI n. 51.201.764483/71 deixaram de constar da "conta corrente" da apelante e não constituem óbice para a expedição da CND Previdenciárias e deixaram de ser objeto da demanda em razão do pedido de desistência feito pela apelante;

g) a apelada aduziu, em suas informações, que em relação às divergências das GFIP de 06.10 a 10.10 era necessário que a apelante comparecesse ao Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC, com a documentação, para aferir a regularidade da suspensão;

h) o MM. Juízo *a quo* entendeu inexistir direito líquido e certo para ensejar a baixa da divergência da GFIP referente às competências de 06.10 a 10.10;

i) a apelante obteve a regularidade fiscal quanto a tais divergências reconhecida judicialmente, de modo que não pode ser obrigada a comparecer mensalmente no CAC para informar que efetua depósitos judiciais, o que deveria ser feito pelo próprio sistema da União;

j) a apelante impetrou mandado de segurança em 2010 visando suspender a exigibilidade do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, sendo deferido o pedido liminar, determinando-se que a autoridade impetrada se abstinisse da prática de qualquer ato tendente a tais cobranças;

k) foi facultado ao apelante o depósito judicial do valor discutido naqueles autos, razão pela qual esse efetua mensalmente o depósito da diferença da GFIP, de maneira que resta demonstrada a suspensão da exigibilidade do crédito considerando os comprovantes de depósito judicial;

l) a NFLD n. 39.315.5412-0 está dividida em três débitos distintos, sendo que o valor de um destes foi devidamente recolhido, por meio de depósito judicial, tendo o apelante juntado a comprovação do recolhimento;

m) o débito mencionado acima foi recolhido e, ainda que assim não fosse, está prescrito, pois se refere a 2002;

n) outro valor que compõe a NFLD acima está suspenso, aguardando a análise de Pedido de Ajuste de Guia - GPS e Débito Confessado em GFIP e LDCG, não podendo tal situação prejudicar o apelante;

o) a União agiu de má fé, pois ao invés de sanar o equívoco constante de seu sistema, limitou-se a questionar o protocolo feito pela apelante, impedindo que esta tivesse direito a uma efetiva utilidade do processo judicial;

p) caso a apelante não tivesse protocolado a Solicitação de Revisão LDCG, poderia buscar o Judiciário para que seu problema fosse sanado, não tendo que aguardar a demora da apelada para apreciação de seu pedido e ratificação do sistema;

q) quanto ao terceiro, e último débito que compõe a NFLD n. 393155412-0, resta demonstrado que este se encontra suspenso em decorrência da pendência de análise sobre o erro em GFIP e GPS, relativo à cobrança do valor vinculado à GFIP de 12.05, e do depósito do montante integral do débito da NFLD n. 39.315.542-0 (fls. 649/661).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 666/671).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Osório Barbosa, reiterou o parecer de fls. 637/637v., por entender que não resta caracterizado o interesse público. Acrescentou que não obstante a mencionada ausência de interesse, colacionava jurisprudência que tratou de assunto similar ao dos autos, requerendo o prosseguimento do feito (fl. 675/675v.).

Decido.

Direito líquido e certo. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo, cujo conceito amplamente aceito é o seguinte:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (...). É um conceito impróprio - e mal-expresso - alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as

informações.

(MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 28-29, n. 4)

Assim, a segurança somente será concedida quando comprovado de plano o direito líquido e certo, não se admitindo dilação probatória:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. (...)

3. O mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, com procedimento regulado pela Lei 1.533/51, é ação de natureza sumária, indicado para a proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, que deve ser comprovado de plano, não se permitindo dilação probatória. Para que o impetrante obtenha êxito em sede de mandamus é essencial que traga aos autos as provas pré-constituídas necessárias para demonstrar a existência de seu direito líquido e certo. Todos os fatos devem estar documentalmentemente comprovados no momento da impetração, ou seja, com a inicial devem estar presentes os elementos necessários para o exame das alegações apresentadas na petição inicial pelo impetrante (...). (STJ, EDcl no RMS n. 24137-RS, Rel. Min. Denise Arruda, j. 06.08.09)

Do caso dos autos. A apelante impetrou o presente mandado de segurança por meio do qual pleiteia a "suspensão e/ou extinção dos apontamentos relativos às NFLDs nº 30.957.016-6, 31.308.340-1, e 39.315.542-0, e das Divergências de GFIPs dos períodos 05/2010, 06/2010, 07/2010, 08/2010, 09/2010, 11/2010 de acordo com toda a documentação apresentada pela Impetrante" (fl. 16), de modo que possa ser expedida em seu favor certidão positiva com efeitos de negativa, referente à contribuições previdenciárias - CND Previdenciária.

Nos termos dos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional, a certidão negativa somente será fornecida quando não existirem débitos pendentes, e a certidão positiva com efeitos de negativa apenas quando existirem créditos não vencidos, créditos em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Com relação aos débitos referentes às NFLDs n. 30.957.016-6 e n. 31.308.340-1 a impetrante manifestou desistência, a qual foi homologada.

Quanto ao débito referente à NFLD n. 39.315.542-0, a autoridade impetrada informou que é necessário que o apelante apresente Solicitação de Revisão de DCG, e embora tenha sido orientado a assim proceder, não constava o protocolo deste documento:

3) Débito 39.315542-0

Este débito foi constituído abrangendo as competências 07/2002, 12/2005 e 12/2007.

A competência 12/2007 está baixada por pagamento. De acordo com as informações do sistema foi emitida a respectiva GPS em 07/01/11 e o efetivo pagamento data de 10/01/11.

Já para baixa das competência 07/2002 e 12/2007, é necessário que o contribuinte apresente Solicitação de Revisão de DCG - Débito Confessado em GFIP. Consta dos autos a apresentação de Pedido de Ajuste de Guia - GPS, protocolado em 13/01/2001, entretanto, somente o pedido de ajuste de guia não é suficiente para revisão de débito já constituído.

Conforme esclarecimentos prestados por servidora do CAC - Santo Amaro, onde foi apresentado o referido Pedido de Ajuste, o contribuinte foi devidamente orientado quanto à apresentação de Solicitação de Revisão de DGC, mas até o momento não consta qualquer protocolo deste documento, legitimando a atual cobrança dos valores questionados. (fl. 631)

Em suas informações, a autoridade impetrada indicou, ainda, que em relação às divergências nas competências 05.10 e 06.10, constam de seu relatório que são realmente devidas ou se originaram de erro de declaração de GFIP e que em qualquer um dos casos a regularização das pendências é de responsabilidade da apelante, de modo que se esta não tomar as providências necessárias para isso não fará jus à emissão da CND:

4) Divergência de GFIP apurada para competências compreendidas entre 05/2010 e 09/2010 relativas à matrícula CEI 51.201.76483/71:

A impetrante noticia que para regularizar a situação das divergências acima apontadas, apresentou Pedido de Ajuste de Guia protocolado em 27/08/2010.

Consoante as informações obtidas junto à ARF Mauá, na data acima mencionada a empresa MONT ALL protocolou pedido de ajuste de GPS alegando que realizara, relativamente às competências de 05 e 06/2010, pagamentos indevidos no identificador 51.201.76483-71 (Matrícula CEI vinculada à impetrante).

Com efeito, na análise das GFIPs pertinentes, foi constatado que a empresa MONT ALL prestou serviços de empreitada parcial (Código 150) ao tomador 51.201.76483-71, razão pela qual seria indevido qualquer

recolhimento próprio de sua folha de pagamento, o que foi realizado por meio do ajuste de GPS. Portanto, o ajuste de GPS foi devidamente realizado, inclusive com a anuência da impetrante, sendo que as divergências presentes nas competências 05 e 06/2010, que constam de seu relatório de restrições, são realmente devidas, ou originam-se em erro de declaração em GFIP. Deste modo, em qualquer dos casos a regularização das pendências é de inteira responsabilidade do contribuinte, e até que ele adote os procedimentos necessários, não faz jus à emissão de CND. (fl. 631v.)

Desse modo, verifica-se que conforme bem observou o MM. Juízo *a quo*, com relação às divergências indicadas para as competências do período de 06.10 a 10.10, não é possível aferir se as divergências indicadas no documento de fl. 135 se referem a débito decorrente da aplicação do FAP, o qual está suspenso por decisão proferida em mandado de segurança. Da mesma forma, não restou comprovado que os depósitos efetuados naqueles autos eram suficientes.

Nesse sentido fundamentou o MM. Juízo *a quo*:

Após notificação, a autoridade impetrada informou, em relação à divergência GFIP apurada para as competências compreendidas entre 06/10 e 10/2010 (fl. 135), ser necessário o comparecimento da impetrante ao Centro de Atendimento ao Contribuinte - CAC, munido de toda documentação relativa à ação judicial, bem como de cópia dos depósitos judiciais neles efetuados, para que fosse possível avaliar a correspondência entre os valores depositados e as divergências apontadas no sistema. Afirma que uma vez apurada a correção da documentação, essas divergências não mais constituirão óbice à emissão da certidão de regularidade previdenciária.

Conforme já consignado na decisão transcrita, não há como concluir se as divergências de GFIP indicadas à fl. 135 referem-se à majoração do SAT/RAT decorrente da aplicação do FAP, que se encontra suspensa com amparo na r. decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 008269-90.2010.403.6100, distribuído a 22ª Vara Federal. Destaca-se, da inicial à fl. 06, que os valores das divergências e dos montante depositados em Juízo sequer são coincidentes. (fl. 643)

Por outro lado, com relação às divergências de GFIP das competências de 05.10 a 09.10 não restou demonstrado que o apelante tenha adotado providências para a regularização das pendências. A apelante não trouxe quaisquer provas ou apresentou argumentos que pudessem infirmar as informações prestadas pela autoridade impetrada. Desse modo, afigura-se pertinente a manutenção da sentença, uma vez que não restou comprovado de plano o direito líquido e certo da impetrante.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observando-se as formalidades legais.

São Paulo, 27 de novembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00011 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002531-54.2011.4.03.6111/SP

2011.61.11.002531-2/SP

RELATOR	: Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE	: ANTONIO DOMINGOS ATANASIO
ADVOGADO	: JESUINO JOSE RODRIGUES e outro
APELADO	: Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	: MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE	: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO	: HERMES ARRAIS ALENCAR
No. ORIG.	: 00025315420114036111 1 Vr MARILIA/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Antonio Domingos Atanasio contra a sentença de fls. 72/75v, proferida em ação ordinária, que julgou improcedente o pedido, resolvendo-se o mérito, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, que a Lei n. 8.870/94, ao revogar os arts. 81/85 da Lei n. 8.213/91 e extinguir o benefício previdenciário denominado pecúlio, desrespeitou o princípio da contraprestação relativo às contribuições devidas

pelos segurados, devendo ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo legal (fls. 77/82). [Tab][Tab]Contrarrrazões da Fazenda Nacional a fls. 88/94.

Decido.

Aposentado. Contribuição. Isenção de 15.04.94 a 28.04.95. Exigibilidade no período posterior. O pecúlio instituído pelo § 3º da Lei n. 3.807/60, com a redação dada pelo Decreto-lei n. 66/66, foi extinto pela Lei n. 8.870, de 15.04.94, art. 29, que revogou o art. 81, II, da Lei n. 8.213/91, no qual se previa essa prestação sob o Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Com a extinção do pecúlio, adveio também a isenção de contribuições previdenciárias do aposentado: o segurado aposentado tornou-se isento de contribuições previdenciárias na hipótese de exercer atividade laborativa abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 24 da Lei n. 8.870, de 15.04.94.

A isenção foi, no entanto, extinta. Apesar de não ter sido restabelecido o pecúlio, a Lei n. 9.032, de 28.04.95, art. 2º, acrescentou o § 4º ao art. 12 da Lei n. 8.212/91, segundo o qual o aposentado pelo RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer a atividade abrangida por esse regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições para custeio da Seguridade Social.

Conclui-se, assim, que no período de 15.04.94 a 28.04.95, o aposentado era isento de contribuições previdenciárias, cumprindo restituir as contribuições indevidamente recolhidas nesse interregno, cujo valor deve ser apurado na forma estabelecida pelo art. 82 da Lei n. 8.213/91, em sua redação original, isto é, "em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro" (TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AC n. 1999.61.00.052014-4, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 29.10.07, DJ 30.01.08, p. 457).

No que se refere à exigibilidade da contribuição do aposentado com fundamento no § 4º do art. 12 da Lei n. 8.213/91, incluído pelo art. 2º da Lei n. 9.032, de 28.04.95, cumpre registrar que tal dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese o § 2º do art. 18 da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97, dispor que esse segurado não fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. Sendo assim, não se sustenta a tese de inexigibilidade da contribuição em virtude de não haver contraprestação referível ao sujeito passível, pois prevalecem os princípios da universalidade e da solidariedade do custeio da Previdência Social:

Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, mutatis mutandis, da decisão plenária da ADIn 3.105, red.p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal "remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios"

(STF, RE n. 437.640, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05.09.06, grifei)

(...)

2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contribuição previdenciária. Aposentado que retorna ou permanece em atividade. Incidência. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão

fundada em jurisprudência assente na Corte.

(STF, 2ª Turma, AI-AgR n. 397.337, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.07, grifei)

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - APOSENTADO POR TEMPO DE SERVIÇO QUE CONTINUA TRABALHANDO OU RETORNA AO TRABALHO - ART. 12, § 4º, DA LEI 8212/91 - ART. 2º DA LEI 9032/95 - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO - RECURSO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O DL 66/66 estabelecia que o segurado aposentado que continuasse a trabalhar deveria contribuir para a Previdência Social, devendo os valores recolhidos, ao cessar suas atividades, serem devolvidos em forma de pecúlio.

2. A Lei 8870, de 15/04/94, isentou, do recolhimento da contribuição devida pelo segurado empregado, o aposentado que retorna ao trabalho, autorizando a devolução dos valores recolhidos antes de sua vigência, na forma do art. 24, parágrafo único.

3. A Lei 9032/95, que introduziu o § 4º ao art. 12 da Lei 8212/91, restabeleceu a contribuição devida pelo aposentado que retorna ao trabalho.

4. No caso dos autos, a autora pretende restituir os valores descontados a título de contribuição previdenciária no período de outubro de 1993 a abril de 1995. Assim, considerando que só houve desconto da contribuição nos meses de outubro de 1993 a

abril de 1994 e de agosto de 1995 a agosto de 1998, faz jus, apenas, à devolução de valores recolhidos antes da vigência da Lei

8870/94, cujo montante será obtido na forma dos arts. 81, II, e 82 da Lei 8212/91, com redação vigente à época dos fatos geradores.

5. O art. 12, § 4º, da Lei 8212/91, com redação dada pelo art. 2º da Lei 9032/95, não ofende o disposto no art. 195, § 4º, e art. 154, I, da CF/88, visto que não constitui uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social, mas está incluída na contribuição social do trabalhador, a que se refere o "caput" e inciso I do referido dispositivo constitucional.

6. O trabalhador aposentado por tempo de serviço, que continua trabalhando ou retorna à atividade produtiva incluída no Regime da Previdência Social, reassume a condição de segurado e contribuinte obrigatório, sujeitando-se às contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social.

7. A atual Carta Magna cristalizou a idéia de que a seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, desvinculando a contribuição de qualquer contraprestação. Assim, o texto constitucional, em seu art. 195, § 5º, veda a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social sem a correspondente fonte de custeio, mas não o contrário.

8. A exação em comento está embasada no princípio constitucional da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, cabendo ao legislador definir quais os riscos sociais a serem cobertos pela Seguridade Social, bem como quais serão os contribuintes a serem atendidos.

9. A Previdência Social não se destina a manter o padrão de vida dos segurados, mas busca amparar o trabalhador diante de uma contingência social, que o impeça de prover, por si mesmo, a sua sobrevivência.

10. Não há que se falar em confisco, pois a contribuição exigida do aposentado que volta ao trabalho não é excessiva a ponto de impedir o provimento de suas necessidades e a manutenção de uma vida digna.

(...)

12. Recurso da autora improvido. Recurso do INSS e remessa oficial parcialmente providos.

(TRF da 3ª Região, AC n. 1999.61.00.052014-4, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce j. 29.10.07)

Prescrição. Repetição de indébito ou compensação. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Prazo quinquenal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-B). Aplicabilidade. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 09.06.05:

*DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos*

recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

(STF, RE n. 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11, para fins do art. 543-B do Código de Processo Civil)

Do caso dos autos. Pretende o autor, aposentado por tempo de contribuição desde 20.02.04 pelo Regime Geral da Previdência Social, a restituição dos valores recolhidos após sua aposentadoria, que compreende o período entre 20.03.04 e março de 2009, em face do inciso II do art. 81 da Lei n. 8.213/91.

Ao autor não assiste a razão.

De início, convém dispor sobre a prescrição.

Consoante entendimento solidificado pelo Supremo Tribunal Federal, as demandas propostas após 09.06.05 submetem-se ao prazo prescricional quinquenal. Assim, a ação foi ajuizada em 08.07.11, logo, ocorreu a prescrição em relação aos valores recolhidos antes de 08.07.06.

De acordo com a fundamentação acima lançada, o pecúlio já havia sido extinto pelo art. 29 da Lei n. 8.870/94 à época do período pretendido pelo apelante, a partir de 09.07.06.

Assim, não há se falar em restituição.

Ante o exposto, pronuncio a prescrição dos valores recolhidos antes de 08.07.06 e **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 269, IV, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00012 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0044623-86.2012.4.03.9999/SP

2012.03.99.044623-2/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : GRASIELE RAPHAELA FANDI E CIA LTDA
No. ORIG. : 09.00.00056-4 1 Vr MAIRINQUE/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União (Fazenda Nacional) em face da sentença que julgou extinta a execução fiscal, por falta de interesse de agir, vez que o valor da dívida é inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

Sustenta a apelante, em síntese, que o crédito em execução é público e, como tal, indisponível, o que revela o interesse processual na persecução executiva.

Alega que a extinção da execução "ex officio" não tem amparo legal, e requer, inconformada, a reforma da sentença.

É o relatório. Decido.

O feito comporta julgamento na forma do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Compulsando os autos, verifico que a execução fiscal diz respeito à satisfação de crédito inscrito na dívida ativa inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), razão pela qual, o Juízo *a quo* extinguiu o feito, por falta de interesse de agir.

Contudo, nos termos do artigo 20, da Lei n.º 10.522/02, o valor irrisório da execução fiscal não é causa determinante para a sua extinção, *in verbis*:

"Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados".

Desta forma, considerando que a extinção, ou o arquivamento, da execução de valor ínfimo depende de requerimento da parte interessada, e, que, portanto, trata-se de autêntico poder discricionário concedido às autoridades do Poder Executivo, vinculadas aos critérios de conveniência e oportunidade, fica evidente que o exercício não está submetido ao controle do Poder Judiciário, sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 1º DA LEI 9.469/97. COMANDO DIRIGIDO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO EXECUTIVO: DESCABIMENTO.

1. Nos termos do art. 1º da Lei 9.469/97, "O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar (...) requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas".

2. Segundo a jurisprudência assentada pelas Turmas da 1ª. Seção, essa norma simplesmente confere uma faculdade à Administração, não se podendo extrair de seu comando normativo a virtualidade de extinguir a obrigação, nem de autorizar o juiz a, sem o consentimento do credor, indeferir a demanda executória.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC."

(RESP 200901289814, 1ª Seção, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 06/11/2009)

Por fim, entendo perfeitamente aplicável à espécie os ditames do artigo 557 do Código de Processo Civil. Referido artigo, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, através de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior e, ainda, em seu parágrafo 1º, faculta, desde logo, dar provimento a recurso, nas mesmas hipóteses acima apontadas.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar o regular prosseguimento da execução fiscal.

Dê-se ciência.

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

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00013 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0003587-40.2011.4.03.6106/SP

2011.61.06.003587-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : PAULA CRISTINA DE ANDRADE LOPES VARGAS e outro
: HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MARLENE PEREIRA DOS SANTOS
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 5 VARA DE S J RIO PRETO SP
No. ORIG. : 00035874020114036106 5 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela União (Fazenda Nacional) em face da sentença que, nos termos do

artigo 618, I, do Código de Processo Civil, declarou a nulidade da execução fiscal.

Em suas razões, alega a apelante que a Certidão da Dívida Ativa - CDA não é nula, por conter todos os elementos previstos na Lei nº 6.830/80.

Sustenta, ainda, que a dívida é de natureza não tributária, referente a recebimento indevido de benefício previdenciário, apurado em processo administrativo, não havendo necessidade de processo de conhecimento para a formação do título executivo.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

O feito comporta julgamento na forma do artigo 557, do Código de Processo Civil.

Extrai-se dos autos que o Juízo de primeiro grau extinguiu a execução fiscal, sem resolução do mérito, sob o argumento de que descabe inscrição de dívida ativa e execução fiscal com o objetivo de reaver valores pagos em decorrência de benefício previdenciário indevido.

Sobre os limites objetivos do objeto do rito expropriatório previsto na Lei nº 6.830/80, sublinha eminente HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ("Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência", 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16), que:

"Para cobrar-se executivamente, segundo os moldes da Lei n. 6830, a Dívida Ativa deve proceder de obrigação tributária ou não tributária, desde, porém, que esteja prevista em lei, regulamento ou contrato. É preciso que a origem do crédito fazendário seja ato ou contrato administrativo típico. Nessa categoria não se inclui o débito decorrente de dano ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público, que se rege pelas normas comuns da responsabilidade civil disciplinada pelo direito provado."

Logo, somente o crédito oriundo de ato ou contrato administrativo pode ensejar a inscrição e execução tal como disciplinadas pela Lei nº 6.830/80, não se enquadrando no conceito de dívida ativa não-tributária todo e qualquer crédito da Fazenda Pública, posto que a dívida cobrada deve ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público, fundada em lei, contrato ou regulamento.

Lapidar, a propósito do tema, o valioso magistério jurisprudencial do eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, que, ao proferir seu voto no julgamento do REsp nº 440.540 - SC (DJ 01.12.2003, p. 262), discorreu nos seguintes termos sobre a matéria:

"O conceito de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos certos e líquidos do Estado. Há créditos que, embora existam, carecem de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução.

A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o ato estatal do lançamento, por força do ordenamento jurídico, incute no crédito esses dois atributos. Alguns créditos não tributários - como os provenientes de multas - transformam-se em dívida ativa, após simples procedimento administrativo. Nesses créditos, assim como nos tributários, a própria Administração cria o título executivo.

Isso não ocorre, entretanto, com os créditos oriundos de responsabilidade civil. Para que tais créditos se traduzam em títulos executivos, é necessário o acerto capaz de superar discussões. Isso é conseguido mediante reconhecimento, transigência ou mediante processo judicial. É que, nesses casos, a origem da dívida não é o exercício do poder de polícia, nem o contrato administrativo.

No caso deste processo, o crédito surgiu de uma suposta culpa no pagamento de benefício previdenciário indevido. O INSS, pretende ressarcir-se do dano sofrido com tal pagamento. Como a suposta responsável não admite a culpa Civil, faz-se necessário o exercício de ação condenatória. Do processo resultante de tal ação, poderá resultar sentença capaz de funcionar como título executivo.

Não é, portanto, lícito ao INSS emitir, unilateralmente, título de dívida ativa, para cobrança de suposto crédito proveniente de responsabilidade civil."

Esse entendimento - que afasta a possibilidade da inscrição em dívida ativa e execução fiscal com o objetivo de reaver valores pagos em decorrência de benefício previdenciário indevido - reflete-se na jurisprudência firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. PAGAMENTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A execução fiscal, à semelhança do que ocorre com os processos litigiosos, tem como objeto crédito líquido, certo e exigível.

2. O crédito oriundo de suposta fraude no recebimento de benefício previdenciário deve ser assentado judicialmente no afã de aferir os requisitos necessários exigíveis para dar início à execução.

3. É que a repetição do indébito impõe ao jurisdicionado manejar o processo de cognição, assim como, diante do

pagamento indevido, o Poder Público não pode lançá-lo unilateralmente, devendo valer-se da mesma forma de tutela jurisdicional.

4. É cediço nesta Corte que é necessária a propositura de ação de conhecimento, em que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa, para o reconhecimento judicial do direito à repetição, por parte do INSS, de valores pagos indevidamente a título de benefício previdenciário, pois não se enquadram no conceito de crédito tributário, tampouco permitem sua inscrição em dívida ativa. Precedentes: REsp 1172126/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 25/10/2010; REsp 1125508/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 24/08/2010; REsp 867718/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe de 04/02/2009; REsp 414916/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 20/05/2002.

5. Isso porque "1. A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o lançamento gera presunção de certeza e liquidez. Isso não ocorre com os créditos oriundos de responsabilidade civil que somente recebem tais atributos, após acertamento amigável ou judicial. 2. Os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. É que o conceito de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos assentados em títulos executivos. Há créditos carentes de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução. 3. Crédito proveniente de responsabilidade civil não reconhecida pelo suposto responsável não integra a chamada dívida ativa, nem autoriza execução fiscal. O Estado, em tal caso, deve exercer, contra o suposto responsável civil, ação condenatória, em que poderá obter o título executivo.

4. É nula a execução fiscal por dívida proveniente de responsabilidade civil, aparelhada assentada em títulos." (REsp nº 440540/SC)

6. A admissão do recurso especial pela alínea "c" exige a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas, como ocorre in casu.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (REsp. 1.177.342/RS, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 19.04.2011).

Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao recurso de apelação.

Dê-se ciência.

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

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

LUIZ STEFANINI

Desembargador Federal

00014 REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 0047498-29.2012.4.03.9999/SP

2012.03.99.047498-7/SP

RELATOR	: Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
PARTE AUTORA	: SELRITEC METALURGICA IND/ E COM/ LTDA massa falida
ADVOGADO	: ANDRÉA DIAS FERREIRA
SINDICO	: CLAUDIO AMAURI BARRIOS
PARTE RÉ	: Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO	: MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE	: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO	: HERMES ARRAIS ALENCAR
INTERESSADO	: ELIO FACCIO espolio e outros : ZILAH CARVALHO FACCIO : RICARDO FACCIO
REMETENTE	: JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE PORTO FELIZ SP
No. ORIG.	: 09.00.00009-7 1 Vt PORTO FELIZ/SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário da sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal, para excluir a cobrança da multa moratória e o encargo legal de 20%, previsto no Decreto-lei nº 1.025/69.

Decido.

O feito comporta julgamento na forma do artigo 557, do Código de Processo Civil, cuja inteligência também alcança o reexame necessário (Súmula nº 253, do STJ).

Cabe referir, inicialmente, que a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é descabida a cobrança de multa moratória de massa falida em execução fiscal, haja vista o seu caráter administrativo. Isso porque deve-se evitar que a penalidade em questão recaia sobre os credores habilitados no processo falimentar, que figuram como terceiros alheios à infração.

Aplica-se o disposto nas Súmulas 192 e 565 do STF, as quais têm, respectivamente, a seguinte redação:

"Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa."

"A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência."

A propósito, confirmaram-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - MASSA FALIDA - MULTA - INEXIGIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ pacificou o entendimento no sentido de ser inexigível a multa contra a massa falida. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200400719961, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:01/09/2006 PG:00243.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. MULTA MORATÓRIA. ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DO DL 7.661/45. NÃO-INCIDÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. ATIVO SUFICIENTE PARA PAGAMENTO DO PRINCIPAL. INCIDÊNCIA. 1. A ausência de debate da matéria recursal na instância recorrida atrai a incidência da Súmula 282 do STF, a obstar o conhecimento do recurso especial por falta de prequestionamento. 2. Não incide no processo falimentar a multa moratória, por constituir pena administrativa, ex vi do disposto no artigo 23, parágrafo único, inciso III, do Decreto-Lei 7.661/45 (Lei de Falências) e do princípio consagrado nas Súmulas do STF - 192 ("Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa) e 565 ("A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado na falência"). 3. Decretada a quebra, são devidos juros de mora se, ao fim do processo falimentar, houver saldo suficiente para pagamento do principal, nos termos do art. 26 do Decreto Lei 7661/45. 4. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (RESP 200301145030, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:16/05/2005 PG:00234.)

Correta, também, a exclusão do encargo legal do Decreto-lei nº 1.025/69, o qual substitui a condenação do devedor na verba honorária, nos termos da Súmula nº 168, do extinto Tribunal Federal de Recursos, e do artigo 3º, do Decreto-lei nº 1.645/78. Eis o texto da referida Súmula nº 168, do TFR:

"O encargo de 20% (vinte por cento) do Decreto-lei nº 1025, de 1969, é sempre devido nas Execuções Fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios."

Ocorre que, somente nas execuções fiscais promovidas pela União Federal há a incidência do encargo de 20% previsto no art. 1º, do Decreto-lei n. 1.025/69, que, além de atender a despesas com a cobrança de tributos não recolhidos, substitui os honorários advocatícios, sendo indevida, tão somente nesse caso, a condenação em duplicidade da referida verba.

Da análise das CDA's (fls. 12-23), extrai-se que, no caso em questão, a execução foi promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, devendo ser afastada a aplicação do encargo legal de 20% (vinte por cento). Diante do exposto, com fundamento no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao reexame necessário.

Dê-se ciência.

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00015 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0002363-48.2004.4.03.6127/SP

2004.61.27.002363-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
: PATRICIA MARIA MAGALHÃES T NOGUEIRA MOLLO
APELADO : COLEGIO EXPERIMENTAL INTEGRADO SANJOANENSE S/C LTDA
ADVOGADO : DIVINO GRANADI DE GODOY e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE S J DA BOA VISTA>27ª SSJ>SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR

DECISÃO

Fls. 338-340. Indefiro, vez que a requerente não esclarece a modalidade de intervenção de terceiro, bem como o interesse que tem na causa.
Dê-se ciência.

São Paulo, 10 de dezembro de 2012.
LUIZ STEFANINI
Desembargador Federal

00016 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0047326-87.2012.4.03.9999/SP

2012.03.99.047326-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : NEWS MAO DE OBRA TEMPORARIA LTDA e outros
: MARIA ADELAIDE VIEIRA DA SILVA
: JOAO RODRIGUES VIEIRA DA SILVA
ADVOGADO : PAULO FRANCISCO DE SOUZA
REMETENTE : JUIZO DE DIREITO DA 1 VARA DE POA SP
No. ORIG. : 98.00.00172-5 1 Vr POA/SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pela União contra a sentença de fl. 76, que, de ofício,

declarou a prescrição intercorrente e, por consequência, julgou extinta a execução com fundamento no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil c. c. art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) a apelante não requereu a suspensão ou arquivamento dos autos, tampouco houve determinação do Juízo para o arquivamento do processo, razão pela qual não são aplicáveis as disposições do art. 40 da Lei n. 6.830/80;
- b) "não houve inércia da exequente, mas sim uma paralisação do processo por culpa exclusiva do Poder Judiciário, uma vez que não houve intimação pessoal do representante da Fazenda Nacional, repita-se, nos termos do art. 25 da Lei n. 6.830/80 deveria a apelante ter sido intimada para requerer o que de direito, com a necessária abertura de vista dos autos" (fls. 104/110)

Decido.

Prescrição intercorrente. Intimação do exequente sobre o arquivamento. Inexigibilidade. Audiência da Fazenda Pública para decretação da prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80.

Exigibilidade. A prescrição intercorrente pode ser decretada de ofício. Para tanto, é necessário que tenha transcorrido, após o arquivamento, o prazo prescricional do tributo. A jurisprudência firmou-se no sentido de não haver necessidade de intimar o exequente quando da determinação de arquivamento do feito, porquanto a lei prevê que os autos serão arquivados depois de decorrido um ano da suspensão do feito. Por outro lado, o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80 prevê a audiência da Fazenda Pública, após o desarquivamento, como condição necessária para o reconhecimento da prescrição intercorrente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. "A intimação pessoal do recorrente quando do arquivamento dos autos não é obrigatória, havendo tão-somente previsão de abertura de vista na hipótese do § 1º, do artigo 40, da LEF, o que, in casu, mostra-se irrelevante, porquanto a suspensão do feito deveu-se a requerimento da própria exequente" (REsp 1.018.224/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 4.6.2008).

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp n. 1015002, Rel. Min. Denise Arruda, j. 19.02.09)

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO APÓS OITIVA DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE - SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.051/2004 - INTIMAÇÃO DO ARQUIVAMENTO DA EXECUÇÃO - DESNECESSIDADE.

1. Em sede de execução fiscal, após o advento da Lei n. 11.051/2004, a qual introduziu o § 4º no art. 40 da Lei n. 6.830/80, passou-se a admitir a decretação de ofício da prescrição intercorrente, depois da prévia oitiva da Fazenda Pública.

2. "O § 2º do art. 40 da LEF assim estabelece: "Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos". Diante disso, a credora já está ciente de que após um ano da suspensão do processo ele será arquivado. Não há razão para que seja intimada de algo estatuído em lei." (REsp 1.026.132/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 2.9.2008.)

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp n. 1006977, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.12.08)

Do caso dos autos. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 10.09.98 pelo INSS em face de New's Mão de Obra Temporária Ltda., Maria Adelaide da Silva e João Rodrigues Vieira da Silva para a cobrança de dívida no valor de R\$ 34.296,09 (trinta e quatro mil duzentos e noventa e seis reais e nove centavos) (fl. 2).

Os executados foram citados em 14.12.98 (fl. 17v.).

Em 28.09.99 foi proferido despacho determinando que a exequente trouxesse aos autos procuração ou cópia do credenciamento para levantamento dos valores depositados em conta (fl. 41v.). O INSS manifestou-se em 02.05.00 requerendo expedição de guia em favor do Instituto e de ofício à Delegacia da receita Federal de Guarulhos para obter a relação de bens dos executados (fl. 51), diligência a qual foi deferida e cumprida às fls. 57/59.

Intimado a dar andamento ao feito em 07.08.00 (fl. 64) e em 03.10.00 (fl. 67), o exequente ficou-se inerte.

Em 09.03.11 os autos foram promovidos ao MM. Juiz *a quo* em razão dos mesmos aguardarem manifestação da exequente no arquivo provisório há mais de 10 (dez) anos (fl. 68). Intimada a manifestar-se (fl. 68), a exequente alegou a inexistência de prescrição intercorrente e pugnou pelo prosseguimento do feito (fl. 70/73).

Em 10.04.12, o MM. Juiz *a quo* extinguiu a execução sob o fundamento da inércia do exequente (fl. 76).

A sentença não merece reforma, uma vez que, para configurar-se a prescrição intercorrente, o processo deve ficar paralisado mais de 5 (cinco) anos por inércia do exequente. No caso, a execução foi ajuizada em 10.09.98 e o curso do prazo prescricional interrompeu-se com a citação dos executados em 14.12.98. Entre a data de interrupção da prescrição e a prolação da sentença recorrida (10.04.12), transcorreu o prazo quinquenal.

Insta ressaltar que, embora tenham sido requeridas diligências após a citação, a última intimação para manifestação da exequente foi recebida em 03.10.00 (fl. 67), verificando-se, portanto, inércia de mais de 10 (dez) anos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observando-se as formalidades legais. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 05 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00017 APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0028109-62.2005.4.03.6100/SP

2005.61.00.028109-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
ADVOGADO : HERMES ARRAIS ALENCAR
APELADO : MONSANTO DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : RENATO TADEU RONDINA MANDALITI e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 22 VARA SAO PAULO Sec Jud SP

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela União contra a sentença de fls. 452/457, proferida em ação ordinária, que julgou procedente o pedido inicial para declarar nulas as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito n. 35.567.055-0, 35.567.056-9, 35.567.057-7 e 35.567.058-5, confirmando a liminar anteriormente concedida e condenando a parte ré em honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- "é indiscutível a impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre as parcelas *in natura* do Programa de Alimentação do Trabalhador", contudo é obrigatória a formalização da adesão ao programa;
- o auxílio-alimentação pago pela empresa em desacordo com o referido programa não foi excluído do conceito de salário-de-contribuição, integrando assim a remuneração do empregado;
- os honorários advocatícios devem ser reduzidos, tendo em vista o alto valor da causa (fls. 466/479).

[Tab][Tab]Contrarrazões a fls. 485/494.

A fls. 498/500 a autora Monsanto do Brasil Ltda. pleiteia o imediato julgamento do recurso da União, haja vista o Ato Declaratório n. 03/11, expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN.

Decido.

Auxílio-alimentação. Pagamento *in natura*. Não incidência. Ao contrário do que sucede quando ocorre o pagamento em dinheiro, o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação ou vale-alimentação não se sujeita à incidência de contribuição social (STJ, AGREsp n. 685.409-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, unânime, j. 20.06.06, DJ 24.08.06, p. 102) (AC n. 2006.03.99.024186-5, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 04.06.07) nem à contribuição ao FGTS, independentemente de o empregador estar inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (STJ, AgREsp n. 1.119.787, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.10; REsp n. 827.832, Rel. Min. Denise Arruda, j. 13.11.07 e TRF da 3ª Região, Ag em AC n. 2004.61.82.066154-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 11.10.10).

Sucumbência da Fazenda Pública. Arbitramento equitativo. Tratando-se de causa em que foi vencida a Fazenda Pública e inexistindo motivo a ensejar conclusão diversa, os honorários advocatícios devem ser fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à vista do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e dos padrões usualmente aceitos pela jurisprudência (STJ, Ag Reg no AI n. 1.297.055, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.08.10; ED na AR n. 3.754, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.05.09; TRF da 3ª Região, AC n. 0008814-50.2003.4.03.6119, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 21.05.12; AC n. 0021762-42.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 23.04.12).

Do caso dos autos. A sentença declarou nulas as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito n. 35.567.055-0, 35.567.056-9, 35.567.057-7 e 35.567.058-5, por considerar o caráter não salarial do auxílio-alimentação pago *in natura*.

O Ato Declaratório n. 03/11, expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, ao qual se reporta a apelada, foi oficializado nos seguintes termos:

A Procuradora-Geral da Fazenda Nacional (...) DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária.

Tendo em vista o requerimento da parte autora a esse respeito (fls. 498/500), a União manifestou-se em concordância com o pleito, insurgindo-se, contudo, contra os honorários, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (cfr. fls. 504/508).

A sentença está a merecer parcial reforma.

No que tange ao auxílio-alimentação pago *in natura* aos empregados, firmou-se entendimento no sentido de não incidência de contribuição previdenciária a esse título, consoante fundamentação acima lançada.

Quanto à verba honorária, assiste razão à União.

A demanda, cujo valor da causa perfazia, à época, R\$ 7.720.803,31 (sete milhões setecentos e vinte mil oitocentos e três reais e trinta e um centavos), foi proposta em 06.12.05 (fl. 02).

A sentença condenou a ré em honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, corrigidos monetariamente desde a data do ajuizamento da ação. Portanto, tem-se que este valor ultrapassa R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais).

Assim, tendo em vista a alto valor atribuído à demanda e considerando o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, entendo pela fixação dos honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário e à apelação para reduzir a verba honorária a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) sobre o valor da causa, com fundamento no art. 20, § 4º, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil.

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

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 03 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

00018 APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016782-47.2010.4.03.6100/SP

2010.61.00.016782-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : ROSELANE DE BRITO SILVA
ADVOGADO : EDUIRGES JOSE DE ARAUJO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ADRIANA RODRIGUES JULIO e outro
No. ORIG. : 00167824720104036100 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Roselane de Brito Silva contra a sentença de fls. 51/52v., que julgou improcedente o pedido de anulação do leilão extrajudicial, com fundamento nos arts. 285-A e 269, I, ambos do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) inconstitucionalidade e inobservância do Decreto Lei n. 70/66;
- b) constatação de irregularidades no financiamento;
- c) requer a retirada do nome da apelante dos órgãos de proteção ao crédito (fls. 56/67).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 139/174.

Decido.

Execução extrajudicial. Constitucionalidade. A execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 é

compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada. É nesse sentido a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98).

2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.

(STF, RE-AgR n. 408.224-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 02.08.07, DJ 31.08.07, p. 33)

EMENTA: 1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98).

2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.

(STF, AI-AgR n. 600.876-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 18.12.06, DJ 23.02.07, p. 30)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70, DE 1966. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXV, LIV E LV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO.

Por ser incabível a inovação da questão, em sede de agravo regimental, não se conhece da argumentação sob o enfoque de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os fundamentos da decisão agravada mantêm-se por estarem em conformidade com a jurisprudência desta Corte quanto à recepção do Decreto-Lei 70, de 1966, pela Constituição de 1988.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AI-AgR n. 312.004-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, j. 07.03.06, DJ 28.04.06, p. 30)

EMENTA 1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição Federal.

2. Agravo regimental improvido.

(STF, AI-AgR n. 514.585-P, Rel. Min. Elen Gracie, unânime, j. 13.12.05, DJ 24.02.06, p. 36)

EMENTA: - Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66 .

- Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356).

Recurso extraordinário não conhecido.

(STF, RE n. 287.453-RS, Rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ 26.10.01, p. 63)

EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66 . CONSTITUCIONALIDADE.

Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados.

Recurso conhecido e provido.

(STF, RE n. 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 06.11.98, p. 22)

EMENTA: SFH. (...) - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - DECRETO-LEI Nº 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE. (...)

- É pacífico em nossos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e em nossa mais alta Corte, a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 .

- Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.

(STJ, AGA n. 945.926-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, j. 14.11.07, DJ 29.11.07, p. 220)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66 . LEILÃO. DEVEDOR. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE.

1. Esta Corte tem entendimento assente no sentido da necessidade de notificação pessoal do devedor do dia, hora e local da realização do leilão de imóvel objeto de contrato de financiamento, vinculado ao SFH, em processo de execução extrajudicial sob o regime do Decreto-lei nº 70/66 . Precedentes

2. Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp n. 697093-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, j. 17.05.05, DJ 06.06.05, p. 344)

EMENTA: Execução extrajudicial. Decreto-lei nº 70/66 . Ação ordinária. Citação por edital. Ação de consignação. Posterior decisão com trânsito em julgado anulando a execução extrajudicial.

1. Já está pacificada a jurisprudência sobre a constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 , que prevê a possibilidade da citação por edital no art. 31, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 8.004/90.

(...)

(STJ, REsp n. 534.729-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, j. 23.03.04, DJ 10.05.04, p. 276)

Cadastro de inadimplentes. Inscrição do nome do devedor. Possibilidade. Com fundamento em precedente do Superior Tribunal de Justiça, sustentei a inadmissibilidade da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes na hipótese de discussão judicial da dívida (STJ, 1ª Turma, REsp n. 551.573-PB, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 28.10.03, DJ 19.12.03, p. 365).

A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, porém, dirimiu a divergência que grassava naquela Corte e firmou o entendimento de que a mera discussão da dívida não enseja a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes, cumprindo a ele demonstrar satisfatoriamente seu bom direito e a existência de jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal e, ainda, que a parte incontroversa seja depositada ou objeto de caução idônea:

CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp"s ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa freqüência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido.

(STJ, 2ª Seção, REsp n. 527.618-RS, Rel. Des. Fed. César Asfor Rocha, unânime, j. 22.10.03, DJ 24.11.03, p. 214)

Esse entendimento vem sendo observado por decisões mais recentes, as quais são desfavoráveis à concessão de antecipação de tutela ou liminar para impedir a inscrição do nome do devedor e cadastros de proteção ao crédito:

CONSUMIDOR. CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. *A só discussão judicial do débito não torna o devedor imune à inscrição do seu nome nos cadastros mantidos por instituições dedicadas a proteção do crédito. Agravo regimental provido em parte.*

(STJ, 3ª Turma, REsp n. 787.159-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, j. 21.11.06, DJ 19.03.07, p. 333)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. SERASA. INSCRIÇÃO. PROTESTO. TÍTULOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Segundo precedentes desta Corte, nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, não cabe conceder antecipação de tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor no SERASA e nem para impedir protesto de títulos (promissórias), salvo quando referindo-se a demanda apenas sobre parte do débito, deposite o devedor o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz (Resp 527618-RS).

2 - Recurso não conhecido.

(STJ, 4ª Turma, REsp n. 610.063-PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, j. 11.05.04, DJ 31.05.04, p. 324)

Do caso dos autos. A sentença julgou improcedente o pedido de anulação do leilão extrajudicial, com fundamento nos arts. 285-A e 269, I, ambos do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada. Dessa forma, verifica-se que a sentença está em consonância com o referido entendimento, razão pela qual não merece reforma.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observando-se as formalidades legais.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : ROSELANE DE BRITO SILVA
ADVOGADO : EDUIRGES JOSE DE ARAUJO e outro
APELADO : Caixa Economica Federal - CEF
ADVOGADO : ADRIANA RODRIGUES JULIO e outro
No. ORIG. : 00187440820104036100 11 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por Roselane de Brito Silva contra a sentença de fls. 71/73v., que julgou improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, com fundamento nos arts. 269, I, e 285-A ambos do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) direito à moradia garantido pela Constituição;
- b) as prestações e os acessórios somente poderiam ser reajustados pelo PES/SFA;
- c) nulidade do reajuste das prestações pela TR;
- d) cobrança abusiva de taxa de administração;
- e) ilegalidade da execução extrajudicial;
- f) aplicação do Código de Defesa do Consumidor;
- g) necessidade de perícia judicial e audiência de conciliação;
- h) utilização de índices contrários ao que foi pactuado e acima dos reajustes da categoria profissional; há capitalização de juros com a utilização do Sistema de Amortização Sacre (fls. 78/191).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 203/278).

Decido.

Perícia. Contrato do sistema Sacre. Indeferimento. Em que pese seja genericamente conveniente a prova pericial nas ações relativas a contratos de financiamento vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, pois tais contratos por vezes subordinam o reajuste das prestações à situação econômica do mutuário, faz-se prescindível prova dessa espécie quando, nos casos de contratos sujeitos ao reajuste pelo sistema Sacre, a questão for exclusivamente de direito ou os fatos puderem ser provados por outros meios:

PROCESSUAL CIVIL. SFH. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. REAJUSTE DE PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR. NECESSIDADE DE PERÍCIA.

- Na inicial a recorrente pleiteia a condenação da CEF à revisão do contrato para que: seja obedecida a periodicidade anual de reajuste, conforme planilha acostada; sejam aplicados juros anuais de 10,00%, sem cumulatividade; possam contratar novo seguro, em outra seguradora; proceda à amortização da dívida anteriormente à correção do saldo, nos termos da letra "e" do artigo 6º da Lei nº 4.380/64, bem como aplique a tabela "price" no lugar da SACRE; sejam restituídos em dobro os valores pagos a maior; a CEF conceda quitação do financiamento após o prazo de 240 meses, bem como seja declarada nula a cláusula 14ª que responsabiliza o mutuário pelo saldo devedor residual.

- É prescindível o exame técnico no caso concreto, porquanto as matérias são eminentemente de direito e não apresentam complexidade que demande exame técnico, conforme bem argumentou o Juízo "a quo", de sorte que não há qualquer cerceamento de defesa e violação aos princípios constitucionais elencados nos incs. XXXV, LIV e LV da CF/88."

(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, AG n. 200603000225770, Rel. DEs. Fed. André Nabarrete, unânime, j. 16.07.07, DJ 11.09.07, p. 417, grifei)

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DO SFH. SACRE. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O juiz é o destinatário da prova, sujeito da relação processual responsável por verificar a necessidade de realização de alguma das espécies admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, nos termos do artigo 130, do CPC.

II - O feito originário trata de ação na qual a recorrente visa o reconhecimento de irregularidades cometidas pela Caixa Econômica Federal - CEF no que diz respeito à observação dos critérios de reajustamento das prestações e de atualização do saldo devedor referentes ao contrato de mútuo habitacional.

III - Quanto à alegação de que não foi observado pela Caixa Econômica Federal - CEF a correta aplicação dos índices previamente estabelecidos para reajustamento de parcelas e atualização do saldo devedor, tal comprovação independe da produção de prova pericial, eis que se trata de contrato lastreado em cláusula SACRE. Precedentes desta Colenda 2ª Turma.

IV - Não obstante a desnecessidade de realização de prova pericial, há de se ter em conta que inicialmente foi deferido efeito suspensivo ao presente recurso para que a perícia fosse realizada.

V - As provas, assim, já deferidas e eventualmente realizadas não devem ser desprezadas, mas sim devidamente avaliadas. Mantenho, pois, a realização da perícia já deferida.

(...)

VIII - Agravo parcialmente provido.

(TRF da 3ª Região, AG n. 200703000645751, Rel. Des. Fed. Cecilia Mello, unânime, j. 02.10.07, DJ 26.10.07, p. 411, grifei)

SISTEMA HIPOTECÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. SISTEMA SACRE. APLICAÇÃO DA TR. LIMITAÇÃO DE JUROS.

1. Não é o caso de ser realizada perícia quando controvérsia versa sobre questões meramente de direito, na medida em que se discute a legalidade dos critérios de cálculo estipulados no contrato.

2. O contrato em questão foi firmado no âmbito do Sistema Hipotecário, não sendo aplicadas ao acordo as regras do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

3. A adoção do sistema SACRE é ato jurídico perfeito, devendo ser observado pelas partes contratantes, visto que sua sistemática não propicia a ocorrência da capitalização de juros.

4. Firmado o contrato na vigência da Lei nº 8.177/91 e, prevendo a correção do saldo devedor pelos mesmos índices que reajustam as cadernetas de poupança que, por sua vez, são reajustadas pela TR, não há qualquer ilegalidade na utilização deste indexador.

5. Descabe limitar juros remuneratórios em 12% a.a. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4, entendeu, que a norma inscrita no § 3.º do art. 192 da Constituição Federal, revogada pela EC n.º 40/03, não era de eficácia plena e estava condicionada à edição de lei complementar que regularia o sistema financeiro nacional e, com ele, a disciplina dos juros. Ademais, a matéria foi pacificada pela Súmula n.º 648 do STF."

(TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC n. 200371000355877, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros, unânime, j. 07.11.06, DJ 29.11.06, p. 865, grifei)

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. SISTEMA SACRE. LEGALIDADE. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

- O indeferimento de prova pericial que tinha por objetivo a verificação do cumprimento, pelo agente financeiro, de critérios considerados inaplicáveis ao contrato em questão coaduna-se com os princípios da celeridade e da economia processual, não constituindo, de forma alguma, cerceamento de defesa.

- O Sistema de Amortização Crescente (Sacre), eleito no contrato, atribui às prestações e ao saldo devedor os mesmos índices e atualização, mantendo íntegras as parcelas de amortização e de juros, que compõem as prestações, o que possibilita a quitação do contrato no prazo convencionado.

- A adoção do Sistema Sacre, é ato jurídico perfeito que deve ser respeitado por ambas as partes, sendo que a utilização de tal sistema nos contratos de mútuo encontra amparo legal nos artigos 5º, caput, e 6º, ambos da Lei nº 4.380/64.

- Apelação improvida, com a manutenção da decisão a quo."

(TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC n. 20037000040475, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, unânime, j. 16.06.05, DJ 20.07.05, p. 557, grifei)

Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Derrogação das cláusulas contratuais subordinadas à alteração econômica. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de financiamento do SFH não cobertos pelo FCVS. No entanto, somente se autoriza a derrogação das cláusulas contratuais na hipótese de superveniente alteração objetiva das condições econômicas, pelas quais o agente financeiro se locupletaria indevidamente mediante o ilegítimo encargo suportado pelo mutuário:

PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO COM COBERTURA DO FCVS - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SE COLIDENTES COM AS REGRAS DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA.

1. O CDC é aplicável aos contratos do SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, incidindo sobre contratos de mútuo.

2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE

VARIAÇÃO SALARIAL - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas.

3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público.

4. Recurso especial improvido.

(STJ, 1ª Turma, REsp n. 200201597565-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 28.02.07, DJ 16.04.07, p. 158)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. COBERTURA DO FCVS. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. AVENÇA DE FEIÇÃO PÚBLICA. NORMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO DESTE STJ (...).

1. A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria regidos pelas regras do SFH foi decidida pela Primeira Seção no sentido de que: (i) naqueles contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência de normas do direito administrativo pertinentes, com exclusão das normas de direito privado; (ii) Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS, sua natureza privada atrairá a incidência das normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor, consoante assente no âmbito da Primeira Seção deste Sodalício. (REsp 489.701 - SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Primeira Seção, julgado em 28 de fevereiro de 2007) (...).

(STJ, 1ª Turma, REsp n. 200500299115-PB, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, j. 17.05.07, DJ 31.05.07, p. 334)

Sistema de Amortização Crescente - Sacre. Legalidade. A adoção do Sistema de Amortização Crescente - Sacre nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH mostra-se legal. O Sacre tem fundamento nos arts. 5o e 6o da Lei n. 4.380, de 21.08.64. O mutuário não é onerado, pois as prestações mensais iniciais são estáveis e reduzem ao longo do cumprimento do contrato. O reajuste das mensalidades é anual nos dois primeiros anos do contrato, autorizado o recálculo trimestral a partir do terceiro ano com a finalidade de redução das prestações. Não restarão resíduos a serem pagos. Não há incorporação de juros ao saldo devedor, dado que os juros são pagos mensalmente, junto com as prestações, não havendo que se falar em anatocismo. Embora as prestações iniciais superem as decorrentes da Tabela Price, o mutuário é beneficiado com a amortização imediata do valor emprestado, pois é reduzida simultaneamente a parcela de juros e o saldo devedor do financiamento. A atualização das parcelas e de seus acessórios é vinculada aos mesmos índices de correção monetária do saldo devedor, mantendo-se o valor da prestação em montante suficiente para a amortização do débito, com a respectiva redução do saldo devedor, até a extinção do contrato. A jurisprudência é no sentido da legitimidade do Sacre: *PROCESSO CIVIL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO - ART. 267, XI, DO CPC - ART. 515, § 3º, DO CPC - SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO DECRETO 70/66 - INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES - RECURSO PROVIDO - AFASTADA A EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.*

(...)

4. O sistema de amortização adotado - SACRE - não acarreta prejuízos ao mutuário, pois dele decorre a redução gradual das parcelas avençadas ou, no mínimo, a manutenção no patamar inicial. Na espécie, a variação da prestação, em três anos e meio de vigência do contrato, foi pouco significativa (...).

(TRF da 3ª Região, 5ª Turma, Ag n. 2002.61.19.003430-9-SP, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 26.11.07, DJ 26.02.08, p. 1.148)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. SACRE. PRESTAÇÕES. DEPÓSITO.

(...)

4- Legalidade do Sistema de Amortização Crescente - SACRE (...).

(TRF da 3ª Região, 2ª Turma, Ag n. 2005.03.00.040282-1-SP, Rel. Des. Fed. Peixoto Júnior, unânime, j. 20.09.05, DJ 11.11.05, p. 472)

Eleito o Sacre como sistema de amortização do débito pelos contratantes, inviável substituir pelo Plano de Equivalência Salarial - PES ou pela Tabela Price, dado que livremente pactuada entre as partes e porque o Sacre mostra-se mais favorável ao mutuário conforme acima mencionado. Tendo as partes eleito o Sacre, não pode o mutuário exigir sua substituição pelo PES ou pela Tabela Price, de modo a impor ao agente financeiro que o reajuste das prestações seja subordinado ao do seus rendimentos.

A atualização do saldo devedor antes da amortização da prestação paga é admitida pela jurisprudência, consoante os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL (...). CONTRATO DE MÚTUO CELEBRADO NO ÂMBITO DO SFH (...). AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. FORMA.

(...)

3. No critério de amortização do saldo devedor dos contratos celebrados no âmbito do SFH, incidem primeiro os juros e a correção monetária para, depois, ser abatida a prestação mensal paga (...).

(STJ, 4ª Turma, AGA n. 200701166391-DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, j. 11.12.07, DJ 11.02.08, p. 1)

SFH. SALDO DEVEDOR. AMORTIZAÇÃO (...).

- É lícito o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para, em seguida, abater-se do débito o valor da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo SFH (...).

(STJ, 3ª Turma, AGRESP n. 200701463715-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, j. 04.12.07, DJ 17.12.07, p. 170)

Direito civil e processual civil (...). Ação revisional. SFH (...). Capitalização de juros (...).

- O critério de prévia atualização do saldo devedor e posterior amortização não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que a primeira prestação é paga um mês após o empréstimo do capital, o qual corresponde ao saldo devedor (...).

(STJ, 3ª Turma, AGRESP n. 200700106064-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. 20.09.07, DJ 08.10.07, p. 279)

ADMINISTRATIVO. SFH. ART. 6º, ALÍNEA "C", DA LEI Nº 4.830/64. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. LEGALIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS QUANTIAS COBRADAS INDEVIDAMENTE. INAPLICABILIDADE.

(...)

2. É considerado legal o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para só então efetuar o abatimento da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação. Precedentes.

3. Descabe a capitalização de juros em contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação-SFH, por ausência de expressa previsão legal (...).

(STJ, 2ª Turma, REsp n. 200700161524-PR, Rel. Min. Castro Meira, unânime, j. 14.08.07, DJ 27.08.07, p. 213)

Do caso dos autos. O contrato de mútuo habitacional foi firmado em 13.09.00, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), prazo de amortização de 240 (duzentos e quarenta) meses e Sistema de Amortização SACRE (fls. 27/28). A autora está em situação de inadimplência e o imóvel foi adjudicado pela Caixa Econômica Federal - CEF (fl. 237).

A parte autora não logrou demonstrar quaisquer irregularidades no cumprimento do contrato, insurgindo-se contra as cláusulas legalmente previstas e aceitas no momento de sua assinatura.

A execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição da República, tendo sido por esta recepcionada (STF, RE-AgR n. 408.224-SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 02.08.07, DJ 31.08.07, p. 33; AI-AgR n. 600.876-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 18.12.06, DJ 23.02.07, p. 30; AI-AgR n. 312.004-SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, unânime, j. 07.03.06, DJ 28.04.06, p. 30; AI-AgR n. 514.585-P, Rel. Min. Elen Gracie, unânime, j. 13.12.05, DJ 24.02.06, p. 36; RE n. 287.453-RS, Rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJ 26.10.01, p. 63; RE n. 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 06.11.98, p. 22; STJ, AGA n. 945.926-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, j. 14.11.07, DJ 29.11.07, p. 220; REsp n. 697093-RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, j. 17.05.05, DJ 06.06.05, p. 344; REsp n. 534.729-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, j. 23.03.04, DJ 10.05.04, p. 276).

Embora a Taxa Referencial não seja índice de atualização monetária (ADI n. 493-DF), o Supremo Tribunal Federal não a excluiu do universo jurídico. Apenas estabeleceu que não poderia substituir outro indexador já convencionado entre as partes anteriormente à Lei n. 8.177, de 31.03.91, o que ofenderia as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (RE n. 175.678). Assim, é válida a aplicação da Taxa Referencial nos contratos celebrados posteriormente à vigência dessa Lei (STJ, Súmula n. 295).

É legítima a cobrança das taxas de administração e de risco de crédito quando decorrerem do pactuado. Prevista sua cobrança, não pode o mutuário afastar sua exigência. Destinam-se às despesas administrativas com a celebração e a manutenção do contrato de mútuo e não ensejam, isoladamente, a inadimplência do mutuário.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à vara de origem, observando-se as formalidades legais.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

2001.61.00.015796-4/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO : HOTELARIA ACCOR BRASIL S/A
ADVOGADO : JOSE EDSON CARREIRO e outro
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
ENTIDADE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

DECISÃO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra a sentença de fls. 199/205, proferida em ação ordinária, que julgou procedente o pedido para (i) anular o lançamento correspondente à Notificação Fiscal n. 32.616.623-8, autorizando a compensação do valor correspondente, corrigido pela taxa Selic desde a data do desembolso, tanto em relação ao depósito de R\$ 91.000,00 (noventa e um mil reais), quanto em relação ao depósito de R\$ 224.120,22 (duzentos e vinte e quatro mil cento e vinte reais e vinte e dois centavos), descontando-se a correção monetária que já incidiu sobre eles, e (ii) condenar a parte ré em honorários de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Alega-se, em síntese, que, para o contribuinte obter isenção previdenciária sobre o auxílio-alimentação, é necessário que cumpra os requisitos à concessão da mesma, observando-se a adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (fls. 209/213).

[Tab][Tab]Contrarrrazões a fls. 216/225.

Decido.

Auxílio-alimentação. Pagamento *in natura*. Não incidência. Ao contrário do que sucede quando ocorre o pagamento em dinheiro, o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação ou vale-alimentação não se sujeita à incidência de contribuição social (STJ, AGREsp n. 685.409-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, unânime, j. 20.06.06, DJ 24.08.06, p. 102) (AC n. 2006.03.99.024186-5, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 04.06.07) nem à contribuição ao FGTS, independentemente de o empregador estar inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (STJ, AgREsp n. 1.119.787, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.10; REsp n. 827.832, Rel. Min. Denise Arruda, j. 13.11.07 e TRF da 3ª Região, Ag em AC n. 2004.61.82.066154-0, Rel. Juiz Fed. Conv. Hélio Nogueira, j. 11.10.10).

Prescrição. Repetição de indébito ou compensação. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Prazo quinquenal. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 543-B). Aplicabilidade. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/05, na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.418/06. Entendimento que já havia sido consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1002932, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09). No entanto, de forma distinta do Superior Tribunal de Justiça, concluiu a Corte Suprema que houve violação ao princípio da segurança jurídica a previsão de aplicação retroativa do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o qual deve ser observado após o transcurso da *vacatio legis* de 120 (cento e vinte) dias, ou seja, somente para as demandas propostas a partir de 09.06.05:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se

submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE n. 566621, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.11, para fins do art. 543-B do Código de Processo Civil)

Do caso dos autos. A sentença julgou procedente o pedido, por considerar que o pagamento do auxílio-alimentação *in natura* não possui caráter salarial e que a incidência de contribuição previdenciária sobre tal benesse seria um desestímulo aos empregados e empregadores, nos seguintes termos:

(...) Há por outro lado uma questão social que não pode ser deixada de lado. Pouco importa se a autora fornece as refeições aos seus empregados por motivos egoístas ou altruístas, o fato é que fornece. Assim deve ser considerada a realidade do nosso País para não se praticar injustiça.

Ora, é cediço que grande parte da população mundial passa fome, muitos, lamentavelmente, vêm a perecer, de modo que um prato de comida é coisa séria e relevante, embora muitos de nós sequer paremos para refletir sobre isso.

O fato de a autora prestar alimentos aos seus empregados, no mais das vezes é algo mais vantajoso para eles do que para ela mesma. Afinal, quantos de seus empregados teriam em casa alimentos da mesma qualidade e variedade do que aquele recebido no local de trabalho?

O Magistrado não pode estar cego à realidade social e aos fatos de seu tempo. Deve ser lembrado que lamentavelmente nosso país ainda padece com o trabalho infantil e o trabalho escravo, e por vezes, por mais deprimente e revoltante que isso possa ser, se conjugam as duas perversidades, crianças trabalhando em regime de escravidão. A imprensa nos dá esse tipo de informação diuturnamente. (...)

Com efeito, consoante fundamentação acima explicitada, não incide contribuição sobre o auxílio-alimentação pago *in natura*, haja vista que tal benefício não integra a remuneração do trabalhador. E isto independe de o empregador estar inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

Todavia, há de se considerar o prazo prescricional decenal para a restituição dos valores recolhidos indevidamente, porquanto a demanda foi proposta anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 118/05. Assim, a parte autora ajuizou e demanda em 07.06.01, logo, ocorreu a prescrição em relação aos valores recolhidos antes de 07.06.91.

Ante o exposto, pronuncio a prescrição dos valores recolhidos antes de 07.06.91 e **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e à apelação, com fundamento no art. 269, IV, c. c. o art. 557 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem, observando-se as formalidades legais. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 04 de dezembro de 2012.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 20208/2013

2012.03.00.036278-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO
: RODRIGO VITAL
PACIENTE : HAROLDO CESAR TAVARES reu preso
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO
IMPETRADO : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE ARARAQUARA - 20ª SSJ - SP
CO-REU : PAULO ALEXANDRE MUNIZ ANTONIO
: MARCELO DE CARVALHO
: LEANDRO FERNANDES
: ALEXANDRE DE CARVALHO
: JEAN JOSE FRANCISCO CUSTODIO DE CARVALHO
: MARCELO HENRIQUE DE PAULA
: HUGO FABIANO BENTO
: ELIAS FERREIRA DA SILVA
: PAULO CESAR POSTIGO MORAES
: CAROLINA SILVA MIRANDA
: CARLOS PEREGRINO MORALES
: ELISEU FERREIRA DA SILVA
: JOSIANE PAULINO DOS SANTOS
: WILZA PENHA DUTRA
: DENIS ROGERIO PAZELLO
: HAROLDO CESAR TAVARES
: ADELSON FERNANDES DE SOUZA
: GENILDA APARECIDA LUIS
: MARCIO CRISTIANO DOS SANTOS
: DANILO MARCOS MACHADO
No. ORIG. : 00000046820124036120 1 Vr ARARAQUARA/SP

DECISÃO

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado, com pedido de liminar, em favor de HAROLDO CESAR TAVARES, ora recluso, contra ato do MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Araraquara/SP, objetivando a revogação da prisão preventiva em autos que apuram a suposta associação para prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes (art. 35 c/c art. 33, *caput* e §1º, ambos da Lei 11.343/2006).

Sustenta o impetrante a nulidade da sentença condenatória prolatada nos autos da ação penal nº. 0000004-68.2012.403.6120, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da produção das provas requeridas pela defesa.

Pugna pela revogação da prisão preventiva como consequência da anulação da sentença, por excesso de prazo na formação de culpa, eis que preso cautelarmente há mais de 1/6 (um sexto) da pena aplicada em primeiro grau.

Relatados, decido.

Observo que a defesa interpôs recurso de apelação da sentença condenatória.

Não vislumbro a presença de urgência a ensejar manifestação em sede de plantão judicial.

A alegação de eventual nulidade do feito, portanto, deve ser analisada naquela seara recursal.

Com tais considerações, INDEFIRO a liminar.

Int.

Requisitem-se as informações pertinentes.

Ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 28 de dezembro de 2012.
JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal